

Die Kautionspflicht im ordentlichen zürcherischen Zivilprozess

DISSERTATION

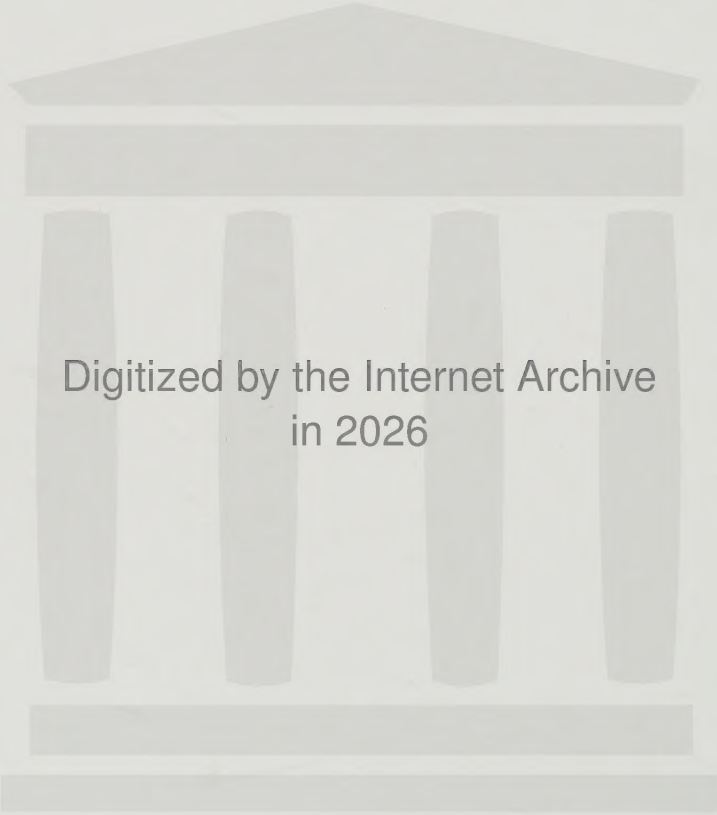
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

HANSJÖRG STUTZER
Küssnacht SZ

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

1980
EDUARD TRÜNINGER AG
ZÜRICH



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Kautionspflicht im ordentlichen zürcherischen Zivilprozess

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
HANSJÖRG STUTZER
Küssnacht SZ

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

1980
EDUARD TRUNINGER AG
ZÜRICH



A. INHALTSÜBERSICHT

	Seite
Kapitel 1: EINLEITUNG UND BEGRIFFSBESTIMMUNG	1
I. Einleitung	1
II. Begriffliches	3
III. Abgrenzungen	6
Kapitel 2: VON DER KAUTIONSPFLICHT ERFASSTE PARTEIEN UND VERFAHREN	9
I. Parteien	9
II. Verfahren	14
Kapitel 3: FEHLENDER WOHNSTZ IN DER SCHWEIZ ALS KAUTIONSGRUND	16
I. Natürliche Personen	16
II. Der Sitz juristischer Personen	20
III. Der Sitz von Kollektiv- und Kommanditgesellschaft	26
IV. Die Zweigniederlassung	27
Kapitel 4: VORBEHALTENE STAATSVERTRÄGE ZUR KAUTIONSBEFREIUNG	29
I. Verfassungsrechtliche Problematik	29
II. Internationale Übereinkommen	30
III. Zweiseitige Staatsverträge	62
IV. Keine Kautionsbefreiung gewährende Staatsverträge	67
V. Keine Kautionsbefreiung durch Gewährung von Gegenrecht	72
Kapitel 5: FESTSTEHENDE ODER VERMUTETE ZAHLUNGS- UNFÄHIGKEIT ALS KAUTIONSGRUND	73
I. Geschichtliches	73
II. Konkurseröffnung, Anordnung der Verwertung, gerichtliche Nachlassstundung als Kautionsgründe	76
III. Definitive oder provisorische Verlust- oder Pfandausfallscheine als Kautionsgründe	82
IV. Sonstige Zahlungsunfähigkeit als Kautionsgrund	87
V. Kostenschuld	96
VI. Die Liquidation von Handelsgesellschaften und juristischen Personen, sowie die Gewährung des Konkursaufschubes als Kautionsgrund	103

VII. Kautionspflicht der Konkurs- und Nachlassmasse	107
Kapitel 6: EVENTUELL ERSCHWERTES INKASSO DER PROZESSKOSTEN ALS KAUTIONSGRUND	111
I. Nicht im Handelsregister eingetragene Vereine und Stiftungen	111
Kapitel 7: KAUTIONSPFLICHT ALS PROZESSVORAUSSETZUNG	114
I. Prozessvoraussetzungen	114
II. Offizialmaxime	114
III. Auslegung der Kautionsbestimmungen	116
IV. Androhung	119
V. Formerfordernisse	121
Kapitel 8: BEMESSUNG DER KAUTION	122
I. Umfang: von der Kautionspflicht erfasste Verfahrensstufen	122
II. Streitwert	126
III. Zahlung der Kaution	127
Kapitel 9: RÜCKGABE DER KAUTION UND DAHINFALLEN DES KAUTIONSGRUNDES	132
I. Rückgabe der Kaution	132
II. Dahinfallen des Kautionsgrundes im Laufe des Prozesses	134
Kapitel 10: KAUTIONSPFLICHT UND RECHT AUF UNENT- GELTLICHE PROZESSFÜHRUNG – EINE GEGENÜBERSTELLUNG	137
I. Rangfolge	136
II. Kein Recht auf unentgeltliche Prozessführung für juristische Personen, Handelsgesellschaften, Sondervermögen, Konkurs- und Nachlassmassen	137
III. Die Mittellosigkeit im Sinne von § 84 ZPO	138
IV. Die Mittellosigkeit in der Praxis des Bundesgerichtes	141
V. Mittellosigkeit nach § 84 ZPO und Zahlungsunfähigkeit nach § 73 ZPO	143
Kapitel 11: Zusammenfassung	146

B. INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Kapitel 1: EINLEITUNG UND BEGRIFFSBESTIMMUNG	1
I. Einleitung	1
II. Begriffliches	3
1. Gerichtskosten	3
a. Die Gerichtsgebühr	4
b. Die Auslagen	4
2. Prozessentschädigung	5
3. Zusammenfassung	5
III. Abgrenzungen	6
1. Kautio – Barvorschuss und Beweiskosten	6
2. Kautio – Sicherheitsleistung für vorsorgliche Massnahmen	6
3. Kautio – Prozesskostenvorschuss unter Ehegatten	7
4. Kautio – cautio iudicatum solvi im ursprünglichen Sinn	7
Kapitel 2: VON DER KAUTIONSPFLICHT ERFASSTE PARTEIEN UND VERFAHREN	9
I. Parteien	9
1. Kläger, Widerklage und Rechtsmittelkläger	9
2. Streitgenossenschaft	10
a. Einfache Streitgenossenschaft	10
b. Notwendige Streitgenossenschaft	11
3. Hauptintervenient	11
4. Nebenintervenient	12
5. Litisdenunziat	12
6. Beklagter	13
II. Verfahren	14
1. Grundsatz	14
2. Ausnahmen	15
a. Verfahren vor Friedensrichter	15
b. Verfahren vor Arbeitsgericht	15
c. Verfahren vor Mietgericht	15
Kapitel 3: FEHLENDER WOHNSTZ IN DER SCHWEIZ ALS KAUTIONSGRUND	16
I. Natürliche Personen	16
1. Der Wohnsitz nach Art. 23 Abs. 1 ZGB	17
2. Der Wohnsitz im Zivilprozessrecht	17

II.	Der Sitz juristischer Personen	20
1.	Der Sitz juristischer Personen nach Art. 56 ZGB	20
2.	Kollisionsrechtliche Probleme	20
a.	Die „Staatsangehörigkeit“ juristischer Personen	21
b.	Der Personalstatut der juristischen Person	21
c.	„Staatsangehörigkeit“ und Personalstatut der juristischen Person im Hinblick auf die staatsvertraglich zugesicherte Kautionsbefreiung	23
3.	Der Sitz der AG, GmbH, Kommandit AG und Genossenschaft	24
4.	Der Sitz von Verein und Stiftung	24
a.	Im Handelsregister eingetragene Vereine und Stiftungen	25
b.	Nicht im Handelsregister eingetragene Vereine und Stiftungen	25
III.	Der Sitz von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften	26
1.	Im Handelsregister eingetragene Kollektiv- und Kommanditgesellschaften	26
2.	Nicht im Handelsregister eingetragene Kollektiv- und Kommanditgesellschaften	27
IV.	Die Zweigniederlassung	27

Kapitel 4: VORBEHALTENE STAATSVERTRÄGE ZUR KAUTIONSBEFREIUNG 29

I.	Verfassungsrechtliche Problematik	29
II.	Internationale Übereinkommen	30
1.	Internationale Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht (iUeZPR)	30
a.	Entstehung	30
b.	Wortlaut und Tragweite der Kautionsbefreiung nach Art. 17 iUeZPR	32
aa.	Parteien	34
a.a.a.	Angehörige eines der Vertragsstaaten	34
b.b.b.	Kläger oder Intervenient	36
c.c.c.	Schweizerbürger mit Wohnsitz in einem der Vertragsstaaten (Anwendung des Konkordates betreffend die Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Prozesskosten)	38
b.b.	Verfahrensart	41
c.	Abgrenzung des iUeZPR gegenüber den Vollstreckungsabkommen	42
d.	Beteiligte Nationen	45
aa.	iUeZPR 1954 und 1905	45
bb.	iUeZPR 1905	45
cc.	iUeZPR 1954	46
2.	Internationale Übereinkunft über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (iUeRF)	46
a.	Der Begriff „Flüchtling“	46
b.	Wortlaut und Tragweite der Kautionsbefreiung nach Art 16 iUeRF	47
c.	Beteiligte Nationen	48
a.a.	iUeZPR 1954 und 1905	48

b.b. nur iUeZPR 1905	48
c.c. nur iUeZPR 1954	48
d.d. Bilaterale Staatsverträge	48
3. Internationale Übereinkunft über die Rechtsstellung von Staatenlosen (iUeRS)	49
a. Tragweite der Kautionsbefreiung nach Art. 16 iUeRS	49
b. Beteiligte Nationen	49
a.a. iUeZPR 1954 und 1905	49
b.b. nur iUeZPR 1905	49
c.c. nur iUeZPT 1954	49
d.d. bilaterale Staatsverträge	49
4. New Yorker Übereinkommen über die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen im Ausland (iUeGU)	50
a. Abgrenzung der iUeGU von den Haager Übereinkommen	50
b. Wortlaut und Tragweite der Kautionsbefreiung nach Art. 9 iUeGU	51
c. Beteiligte Nationen	53
5. Internationales Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr (CIM) und über den Eisenbahnpersonen- und Gepäckverkehr (CIV)	54
a. Wesen und Geltungsbereich der beiden Übereinkommen	54
b. Wortlaut und Tragweite der Kautionsbefreiung	54
c. Zusatzübereinkommen CIV über die Haftung der Eisenbahnen für Tötung und Verletzung von Reisenden	56
d. Beteiligte Nationen	57
6. Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassenverkehr (CMR)	58
a. Wesen und Geltungsbereich des Übereinkommens	58
b. Wortlaut und Tragweite der Kautionsbefreiung	58
c. Beteiligte Nationen	60
7. Europäische Übereinkunft über die Immunität der Staaten	61
a. Umfang der Übereinkunft	61
b. Wortlaut und Tragweite der Kautionsbefreiung	61
III. Zweiseitige Staatsverträge	62
1. Vertrag zwischen der Schweiz und der Türkei über den Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen	62
2. Niederlassungs- und Rechtsschutzabkommen zwischen Griechenland und der Schweiz	63
3. Niederlassungsabkommen zwischen der Schweiz und dem Iran	63
4. Schweizerisch-britisches Abkommen über Zivilprozessrecht	63
5. Vertrag zwischen der Schweiz und Frankreich über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urteilen in Zivilsachen	66
IV. Keine Kautionsbefreiung gewährende Staatsverträge	67
1. Der staatsvertraglich zugesicherte freie und ungehinderte Zugang zu den Gerichten	67
a. Allgemein	67
b. Der Staatsvertrag der Schweiz mit den Vereinigten Staaten vom Amerika	68

2. Die staatsvertraglich zugesicherte Meistbegünstigung	70
V. Keine Kautionsbefreiung durch Gewährung von Gegenrecht	72
Kapitel 5: FESTSTEHENDE ODER VERMUTETE ZAHLUNGS- UNFÄHIGKEIT ALS KAUTIONSGRUND	73
I. Geschichtliches	73
II. Konkursöffnung, Anordnung der Verwertung, gerichtliche Nach- lassstundung als Kautionsgründe	76
1. Dauer	76
2. Konkursöffnung	77
a. Gesetzliche Grundlagen der Konkursöffnung	77
b. Massgebender Zeitpunkt	77
c. Umfang der Kautionsbestimmung	77
3. Anordnung der Verwertung	78
a. Gesetzliche Grundlagen	78
b. Massgebender Zeitpunkt	78
c. Umfang der Kautionsbestimmung	79
d. Lohnpfändung im speziellen	79
4. Beantragter gerichtlicher Nachlassvertrag	80
a. Gesetzliche Grundlagen des gerichtlichen Nachlassvertrages	80
b. Massgebender Zeitpunkt	80
c. Umfang der Kautionsbestimmung	81
5. Der Gemeinschuldner	81
a. Gesetzliche Grundlagen	81
b. Umfang der Kautionsbestimmung	82
III. Definitive oder provisorische Verlust- oder Pfandausfallscheine als Kautionsgründe	82
1. Provisorische oder definitive Verlustscheine	82
a. Gesetzliche Grundlage	82
b. Massgebender Zeitpunkt	83
c. Umfang der Kautionsbestimmung	84
2. Pfandausfallscheine	85
a. Gesetzliche Grundlage	85
b. Massgebender Zeitpunkt	86
c. Umfang der Kautionsbestimmung	86
IV. Sonstige Zahlungsunfähigkeit als Kautionsgrund	87
1. Der Begriff „Zahlungsunfähigkeit“	87
2. Der provisorische Verlustschein nach provisorischer Pfändung als Nachweis der sonstigen Zahlungsunfähigkeit	89
a. Gesetzliche Grundlagen	89
b. Massgebender Zeitpunkt	89
c. Umfang der Kautionsbestimmung	90
d. Kritik	91

3. Mangels Verwertungsbegehren gelöschter provisorischer Verlustschein als Nachweis der sonstigen Zahlungsunfähigkeit	92
a. Gesetzliche Grundlage	92
b. Kritik	93
4. Wiederholte Konkursandrohung als Nachweis der sonstigen Zahlungsunfähigkeit	93
a. Gesetzliche Grundlagen	93
b. Kritik	94
5. Zukünftige Zahlungsunfähigkeit	95
6. Zusammenfassung	95
V. Kostenschuld	96
1. Gesetzliche Grundlagen	96
a. Kosten	96
b. Bussen	96
2. Massgebender Zeitpunkt	97
3. Umfang der Kautionsbestimmung	97
a. In zeitlicher Hinsicht	98
aa. Nachweis der Rechnungsstellung	98
bb. Massgebender Zeitpunkt für die Kautionsauflage	99
cc. Stundung	99
dd. Verjährung der Gerichtskosten	99
b. In verfahrensrechtlicher Hinsicht	100
aa. Kostenschuld aus vorsorglichen Massnahmen	100
bb. Ordnungsbusse	101
cc. Rechtsmittelverfahren	101
aaa. Revision	101
bbb. Wiederherstellung	102
c. Kritik	102
VI. Die Liquidation von Handelsgesellschaften und juristischen Personen, sowie die Gewährung des Konkursaufschubes als Kautionsgrund	103
1. Liquidation von Handelsgesellschaften und juristischen Personen	103
a. Gesetzliche Grundlagen	103
b. Umfang der Kautionsbestimmung	104
2. Konkursaufschub	104
a. Gesetzliche Grundlagen	104
b. Umfang der Kautionsbestimmung	105
VII. Kautionspflicht der Konkurs- und Nachlassmasse	106
1. Konkursmasse	106
a. Gesetzliche Grundlagen	106
b. Umfang der Kautionsbestimmung	107
c. Kritik	108
2. Nachlassmasse	109
a. Gesetzliche Grundlagen	109
b. Umfang der Kautionsbestimmung	110

Kapitel 6: EVENTUELL ERSCHWERTES INKASSO DER PROZESS- KOSTEN ALS KAUTIONSGRUND	111
I. Nicht im Handelsregister eingetragene Vereine und Stiftungen	111
1. Gesetzliche Grundlagen	111
2. Massgebender Zeitpunkt	112
3. Kritik	113
 Kapitel 7: KAUTIONSPFLICHT ALS PROZESSVORAUSSETZUNG	 114
I. Prozessvoraussetzungen	114
II. Offizialmaxime	114
1. Kein Antrag der Gegenpartei	115
2. Keine Anhörung der Parteien	116
III. Auslegung der Kautionsbestimmungen	116
1. Grundsatz	116
2. Kautionspflicht als prozessuale Last	117
3. Systematik von § 73 ZPO	117
a. Erweiterung der Kautionsstatbestände	117
b. Aufbau der Kautionsbestimmungen	118
IV. Androhung	119
1. Grundsatz	119
2. Die Regelung von § 80 ZPO	119
V. Formerfordernisse	121
 Kapitel 8: BEMESSUNG DER KAUTION	 122
I. Umfang: von der Kautionspflicht erfasste Verfahrensstufen	122
1. Verschiedene Verfahrensstufen	122
2. Parallelprozesse	123
3. Innerhalb einer Instanz	123
a. Grundsatz	123
b. Während des Verfahrens anfallende Kautionspflicht	125
c. Widerklage	125
d. Anschlussberufung	126
II. Streitwert	126
III. Zahlung der Kaution	127
1. Grundsatz	127
2. Ratenzahlung	127
3. Einstweiliger Erlass der Kautionszahlung	128

4. Zahlungsmittel	128
a. Barzahlung	129
b. Solide Wertschriften	129
c. Bankgarantie	130
5. Zahlungsfrist	131
a. Grundsatz	131
b. Nachfrist	131
6. Verzinsung	131
Kapitel 9: RÜCKGABE DER KAUTION UND DAHINFALLEN DES KAUTIONSGRUNDES	132
I. Rückgabe der Kaution	132
1. Zeitpunkt	132
2. Bei Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung	132
3. Verrechnung	133
4. Priorität	133
II. Dahinfallen des Kautionsgrundes im Laufe des Prozesses	134
Kapitel 10: KAUTIONSPFLICHT UND RECHT AUF UNENTGELTLICHE PROZESSFÜHRUNG – EINE GEGENÜBERSTELLUNG	136
I. Rangfolge	136
II. Kein Recht auf unentgeltliche Prozessführung für juristische Personen, Handelsgesellschaften, Sondervermögen, Konkurs- und Nachlassmassen	137
III. Die Mittellosigkeit im Sinne von § 84 ZPO	138
1. Beitragspflicht der Ehegatten	138
2. Finanzielle Leistungsfähigkeit	139
3. Arbeitsscheu und unnötiger Aufwand	139
4. Bestehende Schulden	140
5. Mittellosigkeit und betriebsrechtliches Existenzminimum	140
6. Zusammenfassung	
IV. Die Mittellosigkeit in der Praxis des Bundesgerichtes	141
V. Mittellosigkeit nach § 84 ZPO und Zahlungsunfähigkeit nach § 73 ZPO	142
1. Konkursöffnung vor 5 Jahren	143
2. Anordnung der Verwertung	143
3. Nachlassstundung	144
4. Provisorische oder definitive Verlustscheine	144
5. Pfandausfallscheine	145
6. Sonstige Zahlungsunfähigkeit	145
7. Zusammenfassung	
Kapitel 11: ZUSAMMENFASSUNG	146

C. LITERATURVERZEICHNIS

- AFFOLTER Beat: Der Verlustschein in der Betreibung auf Pfändung, Diss. Zürich 1978
- AMMANN Niklaus: Die Entschädigungspflicht der Parteien im Zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1971
- BATTIFOL Henri / LAGARDE Paul: Droit international privé, Paris 1974
- BECKER H.: Kommentar zum Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–185 OR, Bern 1941
- BROSSET Georges: La cautio iudicatum solvi selon l'article 17 al. 1 de la Convention de la Haye concernant la procédure civile et la jurisprudence du Tribunal Fédéral, Recueil de Travaux à l'occasion de l'assemblée de la Société Suisse des Juristes de Genève du 3 au 5 octobre 1969
- BUCHER Eugen: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Personenrecht, Art. 11–26 ZGB, 3.A., Bern 1976
- BÜLOW Arthur / ARNOLD Hans: Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Loseblattsammlung mit 3. Ergänzungslieferung August 1960, Berlin/München 1954
- BURCKHARDT Walther: Schweizerisches Bundesrecht, Staats- und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung seit 1903, Frauenfeld 1930/31
- DALLOZ Encyclopédie: Répertoire de Droit international, Paris 1968
- FRITZSCHE Hans: Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 2.A., Zürich 1968
- GAUCH Peter: Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich 1974
- GROSSEN Jacques-Michel: Das Recht der Einzelperson, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. 2, Basel/Stuttgart 1967, S. 285 ff.
- GUGGENHEIM Paul: Répertoire Suisse de droit international public, Bd. II, Basel 1975
- GULDENER Max: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3.A., Zürich 1979
- Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach zürcherischem Recht, Zürich 1942 (zit. Nichtigkeitsbeschwerde)
 - Internationales und interkantonales Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951 (zit. Internationales Zivilprozessrecht)
- GUTZWILLER Max: Verbandspersonen, Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Basel/Stuttgart 1967, S. 425 ff.
- HARTMANN Wilhelm: Kommentar zum Obligationenrecht, Die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, Bern 1943
- HAUSER Willy / HAUSER Robert: Gerichtsverfassungsgesetz vom 29.1.1911, Kommentar, Zürich 1960–1978

- HEINI Anton: Die Vereine, Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Basel 1967, S. 515 ff.
- IMBODEN Max / RHINOW René: Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5.A., 1976
- ISLER Rainer: Die Kautionspflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1967
- KEHL Robert: Die zürcherische Praxis betreffend unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Verbeiständung, Manuskript, Zürich 1957
- KLEINER Beat: Die Abgrenzung der Garantie von der Bürgschaft und anderen Vertragstypen, 2.A., Zürich 1974
- KOELZ Alfred: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978
- KUMMER Max: Grundriss des Zivilprozessrechtes, 3.A., Bern 1978
- LANG Richard: Die Sicherheitsleistung für Prozesskosten, SJZ 1 (1905) S. 145 ff.
- LEMP Paul: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Verwandtschaft, Art. 159–251 ZGB, 3.A., Bern 1963
- LEUCH G.: Die Zivilprozessordnung des Kantons Bern, 3.A., Bern 1956
- MANN F.A.: Zum Problem der Staatsangehörigkeit der iuristischen Person, Festschrift für Martin Wolff, Tübingen 1952
- MEIER-HAYOZ Arthur: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1–10 ZGB, Bern 1962
- Richterliche Lückenausfüllung im Zivilprozessrecht, in SJZ 46 S. 340 ff. (zit. Lückenausfüllung)
- MEILI F. / MAMELOK A.: Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht auf Grund der Haager Konventionen, Zürich 1911
- NUSSBAUM Arthur: Amerikanisch-schweizerisches internationales Privatrecht, übersetzt durch Schaumann Wilfried, 2.A., Bern 1959
- NIEDERER Werner: Beiträge zum Haager Internationalprivatrecht, in Gutzwiler M./Niederer W., Freiburg 1951, S. 107 ff.
- OTTOMANN Rudolf: Die Aktiengesellschaft als Partei im schweizerischen Zivilprozess unter Mitberücksichtigung des deutschen Rechtes, Diss. Zürich 1976
- PHILONENKO Maximilien: La caution iudicatum solvi, Journal de droit international, 1929 S. 609 ff.
- RIEMER Hans Michael: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Die Stiftung, Art. 80–89 ZGB, Bern 1977
- Verein und SchKG in BlSchK 42 (1978) S. 129 ff. (zit. Verein und SchKG)
- RIEZLER Erwin: Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht, Berlin/Tübingen 1949
- SCHLAYER G.A.: Die Lehre von den Cautionen des gemeinen deutschen Zivilprozesses, Zeitschrift für Zivilrecht, NF Bd. 9 S. 1 ff.

- SCHNITZER Adolf: Handbuch des IPR, 4.A., Basel 1958
 SCHUMACHER Leonie: Gerichtsstand und Betreibungsort der Geschäftsniederlassung, Diss. Zürich 1956
 SCHURTER Emil / FRITZSCHE Hans: Das Zivilprozessrecht des Bundes, Zürich 1924
 STAUFFER W.: Kommentar zum Obligationenrecht, Schluss- und Übergangsbestimmungen, Bern 1940
 von STEIGER Werner: Die Staatsangehörigkeit der Handelsgesellschaften, Zürich 1931 (zit. Staatsangehörigkeit)
 – Gesellschaftsrecht, Schweizerisches Privatrecht, Band VII/1, Basel/Stuttgart 1976 (zit. Gesellschaftsrecht)
 – Die Handelsgesellschaften im internationalen Privatrecht, ZBJV 69 (1931) S. 249 ff. (zit. Handelsgesellschaften)
 STEIN Friedrich / JONAS Martin: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 19.A., Tübingen 1972–1975
 STRÄULI Hans: Kommentar zum Gesetz betreffend die zürcherische Rechtspflege vom Jahre 1874, Supplementband, Winterthur 1896
 STRÄULI Hans / HAUSER Willy: Kommentar zum Gesetz betreffend Zivilprozess vom 13. April 1913, 2.A., Zürich 1939
 STRÄULI Hans/MESSMER Georg: Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1976
 VILLIGER Mark Eugen: Der Auslandschweizer und die schweizerische internationale Zuständigkeit, Diss. Zürich 1978
 VISCHER Frank: Internationales Privatrecht, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. I, Basel/Stuttgart 1969, S. 509 ff.
 VISCHER Ulrich: Die Funktionen und Ausgestaltungen des Wohnsitzbegriffes in den verschiedenen Gebieten des schweizerischen Rechtes, Diss. Basel 1977 (zit. U. Vischer)
 VÖLKI Regula: Die Kostentragung der Parteien im kantonalen Zivilprozessrecht der Schweiz, Diss. Zürich 1934
 VOLKEN Paul: Konventionskonflikte im internationalen Privatrecht, Diss. Freiburg, Zürich 1977
 von TUHR Andreas / ESCHER Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, 3.A., Zürich 1974
 WALDER Hans Ulrich: Der neue Zürcher Zivilprozess, 2. Auflage, Zürich 1979 (zit. Zivilprozess)
 – Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung nach zürcherischem Recht, Zürich 1966 (zit. Prozesserledigung)
 – Die Offizialmaxime, Zürich 1973 (zit. Offizialmaxime)
 WILDHABER Luzius: Treaty-making Power and constitution, Basel/Stuttgart 1971

D. QUELLENVERZEICHNIS

1. Periodika

BBJ	= Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft
BGE	= Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung
BISchKG	= Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
JdT	= Journal des Tribunaux
JZ	= Juristenzeitung
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Pr.	= Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes
Rabels Z	= Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RB	= Rechenschaftsbericht des Obergerichtes
SAG	= Schweizerische Aktiengesellschaft
SJK	= Schweizerische Juristische Kartothek
SJIR	= Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht
SJZ	= Schweizerische Juristen-Zeitung
VEB	= Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (1927 bis 1963, darauf VPB)
VPB	= Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (ab 1964, vorher VEB)
ZBJV	= Zeitschrift des Berner Juristenvereins
ZR	= Blätter für Zürcherische Rechtssprechung
ZSR	= Zeitschrift für schweizerisches Recht

2. Gesetze, Gesetzessammlungen und internationale Übereinkommen

AS	= Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen seit 1948
BS	= Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen 1848–1947
BV	= Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
CEIE	= Convention européenne sur l'immunité des états du 16 mai 1972

CIM	= Convention internationale concernant le transport des marchandises par chemins de fer du 7 février 1970
CMR	= Convention relative au contrat de transport international de marchandise par route du 16 mai 1956
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. Juni 1976
HRV	= Verordnung über das Handelsregister vom 7. Juni 1937
iUeGU	= Internationales Übereinkommen über die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen vom 20. Juni 1956
iUeRF	= Internationales Übereinkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951
iUeRS	= Internationales Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 28. September 1954
iUeZPR	= Internationales Übereinkommen betreffend Zivilprozessrecht vom 17. Juli 1905 resp. 1. März 1954
KV	= Verfassung des eidgenössischen Standes Zürich vom 18. April 1869
OR	= Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911
OS	= Offizielle Sammlung der Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen des eidgenössischen Standes Zürich
RO	= Recueil des lois fédérales
RPG	= Gesetz betreffend die zürcherische Rechtspflege vom 2. Christmonat 1874 und 13. Brachmonat 1880
SchKG	= Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
SR	= Systematische Sammlung des Bundesrechts
VRG	= Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24. Mai 1959
ZG	= Bereinigte Zürcher Gesetzessammlung per 1.1.1961
ZGB	= Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZPO	= Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976

E. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a-	= alt-
A.	= Auflage
a.a.O.	= am angeführten Ort
Abs.	= Absatz
a.E.	= am Ende
a.M.	= anderer Meinung
Anm.	= Anmerkung
Art.	= Artikel
Bd.	= Band
betr.	= betreffend
BezGer.	= Bezirksgericht
BG	= Bundesgesetz
BGer.	= Bundesgericht
BRD	= Bundesrepublik Deutschland
BV	= Bundesverfassung
d.h.	= das heisst
Diss.	= Dissertation
E.	= Erwägung
etc.	= et cetera
evtl.	= eventuell/eventualiter
ff.	= folgende Seiten
HGer.	= Handelsgericht
i.S.	= im Sinne
KassGer.	= Kassationsgericht
lit.	= bei Buchstabe(n)
m.E.	= meines Erachtens
N	= Note
Nr.	= Nummer
OGer.	= Obergericht
Prot. EK.	= Protokoll der Expertenkommission zur Revision der ZPO
resp.	= respektive
S.	= Seite(n)
sog.	= sogenannt

Suppl.	= Supplement
u.a.	= unter anderem
UeB	= Übergangsbestimmungen
unpubl.	= unpubliziert
vgl.	= vergleiche
VO	= Verordnung
z.B.	= zum Beispiel
Ziff.	= Ziffer
Ziv.K.	= Zivilkammer

I. EINLEITUNG

Bis heute hat die Kautionspflicht im Zivilprozess – abgesehen von der Bearbeitung in der Dissertation von Isler – in der Literatur wenig Beachtung gefunden. Dies mag überraschen, wenn man bedenkt, dass ja der Kautionsleistung im Prozess erhebliche Bedeutung zukommt und eine derartige Sicherstellungspflicht für die betroffene Partei oft einer schweren zusätzlichen Belastung gleichkommt. Die fehlende Auseinandersetzung mit der Kautionspflicht dürfte aber nicht zuletzt auf die verschiedenartige Ausgestaltung derselben in den Zivilprozessordnungen der einzelnen Kantone zurückzuführen sein. Der Kanton Wallis zum Beispiel kennt eine generelle Sicherstellungspflicht für jeden Kläger. Der grosse Teil der kantonalen Zivilprozessordnungen knüpft jedoch die Kautionspflicht an das Vorliegen bestimmter, je nach Prozessordnung aber verschiedener Voraussetzungen. Massgebliche Faktoren sind dabei Parteistellung, Art des Verfahrens, Wohnsitz und finanzielle Stellung der Parteien.

Ungeachtet der kantonalen Regelungen ist jedoch der vom Bund durch Staatsverträge geregelte kautionsfreie Zugang zu den Gerichten für die Ausländer immer zu beachten. Die vorliegende Arbeit wird sich deshalb mit diesen Staatsverträgen besonders ausführlich befassen. Dies nicht zuletzt deshalb, weil dem Praktiker bis heute eine schnell greifbare Übersicht über die Kautionsbefreiung gewährenden Staatsverträge fehlte. Diese Auseinandersetzung wird auf die bei der staatsvertraglich geregelten Kautionsbefreiung angewandte Systematik eingehen und dabei insbesondere versuchen, das Zusammenspiel zwischen Kautionsbefreiung einerseits und unmittelbarer Vollstreckung des Kostenentscheides andererseits zu erarbeiten.

Die daran anschliessenden Ausführungen haben sich dann mit den konkreten Kautionsgründen, wie sie in § 73 ZPO aufgeführt sind, auseinanderzusetzen. Besonders zu beachten sind dabei die neu aufgenommenen Kautionsbestimmungen (nicht im Handelsregister eingetragener Verein oder Stiftung, sonstige Zahlungsunfähigkeit, Konkurs- oder Nachlassmasse). In einem dritten Schwerpunkt wird dann, neben den bei der Kautionsleistung zu beachtenden Abwicklungsmodalitäten, zum Schluss die zur Kautionspflicht führende Zahlungsunfähigkeit der den Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung begründenden Mittellosigkeit gegenübergestellt und auf allfällige Übereinstimmung überprüft.

Die Arbeit beschränkt sich wegen den im summarischen Verfahren auftretenden Abweichungen für die Kautionspflicht (Gewährung des Gegenrechtes als Befreiungsgrund, spezielle Vollstreckungsabkommen mit gesonderter Kautionsbefreiung) auf die Kautionspflicht im ordentlichen Verfahren und berücksichtigt dabei Literatur und Judikatur bis Ende Dezember 1979.

II. BEGRIFFLICHES

Die Kautions nach § 73 ZPO dient der Sicherstellung von Gerichtskosten und Prozessentschädigung, d.h. der gesamten Prozesskosten. Wird die Kautions von der dazu verpflichteten Partei geleistet, so tilgt diese damit für den Fall ihrer Niederlage die aus dem Prozess erwachsenden Ersatzansprüche der Gegenpartei und des Gerichtes. Diese Tilgung erfolgt jedoch lediglich bedingt und antizipiert (1), denn der Prozessausgang ist ja noch ungewiss. Die Kautionsauflage ist somit nicht eine Vollstreckungsmassnahme, denn zur Beibringung der Kautions wird kein Zwang ausgeübt; die zur Kautionsleistung verpflichtete Partei verliert lediglich das Recht, den eingeklagten Anspruch in diesem Prozess weiterzuverfolgen (2).

1. Gerichtskosten

Die Gerichtskosten setzen sich zusammen aus der Gerichtsgebühr – dem Honorar für das Tätigwerden des Staates (3) – und den Auslagen des Gerichtes.

Mit der Erhebung von Gerichtsgebühren und der Weiterbelastung der Auslagen sollen die dem Staat durch seine Rechtspflege entstehenden Kosten jedoch lediglich zu einem Teil gedeckt werden (4) (5). Einer uneingeschränkten Anwendung des Verursacherprinzipes, wonach die Gerichtskosten nach kostendeckenden Ansätzen zu bemessen wären, steht nämlich Art. 59 KV entgegen. Das Prozessverfahren hat nach dieser Verfassungsbestimmung im Sinne möglicher Rechtssicherheit sowie rascher und **wohlfeiler** Erledigung geordnet zu werden (6).

1) ZR 72 Nr. 14; BGE 42 III 363.

2) Sträuli/Messmer, N 3 zu § 73 ZPO; ZR 72 Nr. 14; unpubl. Beschluss des Kass.Ger. i.S. I. c. S. V. vom 5.7.1977; Guldener, Schweizerischer Zivilprozess, S. 409 Anm. 22a.

3) Walder, Zivilprozess, S. 377.

4) Der RB weist in den Jahren 1975, 1976 und 1977 z.B. für alle 11 Bezirksamte des Kantons Zürich folgende Einnahmen- und Ausgabentotalen auf (vgl. jeweils Tabellen Nr. 75 und Nr. 77):

		1976	1977	1978
Einnahmen	Fr.	9 396 305	11 431 775	12 852 210
Ausgaben		24 206 339	25 395 205	26 344 999

5) vgl. dazu auch H. Rennefahrt, Rechtsgeschichtliche Betrachtungen über die Zivilprozesskosten, in ZBJV 71 (1935) S. 580 ff.

6) Georg Messmer, Tendenzen in der Totalrevision des Zürcher Zivilprozesses, Festschrift M. Guldener, Zürich 1973, S. 207 ff, insbes. S. 212; Walder, Zivilprozess, S. 377.

Das Gegenstück zu den kostendeckenden Gerichtskosten, der freie, d.h. kostenlose Zugang zu den Gerichten steht in der Schweiz – im Gegensatz zur BRD – weniger zur Diskussion (7).

a. Die Gerichtsgebühr

Die Gerichtsgebühr ist eine öffentliche Abgabe (8). Sie bedarf der gesetzlichen Grundlage (9). Diese gesetzliche Verankerung erfolgt in § 201 Ziff. 1 GVG. Die Höhe der Gerichtsgebühr bemisst sich nach den in der VO vom 30. Juni 1976 (10) festgelegten Grundsätzen.

b. Die Auslagen

Nach § 201 Ziff. 2–4 GVG werden unter diesem Titel die Entschädigungen für Zeugen, Sachverständige und Übersetzer, die Auslagen für Augenscheine, die Gebühren und Auslagen für Vorladungen und andere Zustellungen sowie die Kosten für die schriftliche Ausfertigung von Verfügungen, Beschlüssen und Urteilen zusammengefasst.

7) Nebst den Literaturangaben bei Walder, Zivilprozess, S. 377 Anm. 1, vgl. dazu weiter:

- G. Baumgärtel, Chancengleichheit vor Gericht durch Pflichtrechtsschutzversicherungen oder Prozesshilfe, in JZ 1975, S. 425 ff,
- E. Fechner, Kostenrisiko und Rechtsspesen – steht der Rechtsweg offen? in JZ 1969, S. 349 ff,
- W. Grunsky und N. Trocker, Empfehlen sich im Interesse einer effektiven Rechtsverwirklichung für alle Bürger Änderungen des Systems des Kosten- und Gebührenverkehrs, Gutachten zu den Verhandlungen des 51. deutschen Juristentages, München 1976,
- M.A. Jacot, Die Kosten der Rechtsverfolgung als Schranke für den Rechtssuchenden, Diss Zürich, 1978,
- B. Nussbaum, Die Wirtschaftlichkeit eines Zivilprozesses um eine Geldforderung nach bernischem Recht, Diss Bern, 1978.

8) Hauser/Hauser, S. 784/85.

9) Imboden/Rhinow, Bd. II, S. 755 ff.

10) OS 46, S. 347.

2. Die Prozessentschädigung

Im Gegensatz zum Gericht hat die obsiegende Partei grundsätzlich Anspruch auf Ersatz ihrer **gesamten** Parteikosten, d.h. aller Aufwendungen, die ihr in Verfolgung ihres Anspruches erwachsen. Dieser Entschädigungsanspruch ist bis zur Fällung des Entscheides zu beziffern. Wird dies unterlassen, so setzt das Gericht die Prozessentschädigung nach seinem Ermessen fest. Es geht dabei vom Streitwert der Klage aus. War die obsiegende Partei anwaltlich vertreten, so ist die VO über Anwaltsgebühren (11) beizuziehen, d.h. das Gericht hat die Schwierigkeit des Prozesses und das Mass der Verantwortung zu berücksichtigen (12).

Nach den eben genannten Kriterien hat das Gericht auch bei der Kautionsauflage die mutmassliche Prozessentschädigung festzusetzen.

3. Zusammenfassung

Mit der Kaution sollen somit die Prozesskosten als Ganzes, d.h. alle Aufwendungen, die bei gerichtlicher Durchsetzung eines Anspruches innerhalb einer Instanz sowohl dem Gericht als auch der Gegenpartei erwachsen, durch die dazu verpflichtete Partei sichergestellt werden. Natürlich lassen sich diese Prozesskosten nicht zum vorneherein genau bestimmen. Das Gericht ist hier notgedrungenermassen auf eine Schätzung angewiesen. Immer hat es dabei aber zu beachten, dass die Kaution nicht als Instrument zur Prozessabschreckung verwendet wird (13).

11) OS 46, S. 567.

12) Sträuli/Messmer, N 1 zu § 69 ZPO.

13) Völki, S. 57.

III. ABGRENZUNGEN

1. Kautio – Barvorschuss und Beweiskosten

Währenddem eine Partei nur unter bestimmten Voraussetzungen (14) zur Sicherstellung von Prozesskosten angehalten werden kann, hat nach § 83 Abs. 1 ZPO jede Partei für Barauslagen, die durch gerichtliche Handlungen in ihrem Interesse veranlasst werden, einen vom Gericht festgesetzten Vorschuss zu leisten (15). Diese Regelung kommt vor allem im Beweisverfahren zum Tragen.

Die Kostenvorschusspflicht trifft jede Partei ungeachtet ihrer prozessualen Stellung, ihres Wohnsitzes und ihrer allfälligen Zahlungsunfähigkeit (16). Die klägerische Partei mit Wohnsitz im Ausland, die durch einen Staatsvertrag grundsätzlich von ihrer Kautionspflicht befreit ist, kann sich deshalb nicht unter Hinweis auf die ihr staatsvertraglich zugesicherte Kautionsbefreiung der Vorschusspflicht für Barauslagen entziehen (17). Damit ist auch gesagt, dass diejenige Partei, die schon eine allgemeine Prozesskaution geleistet hat, immer noch zu einem Vorschuss für Barauslagen angehalten werden kann (18).

2. Kautio – Sicherheitsleistung für vorsorgliche Massnahmen

Bei vorsorglichen Massnahmen kann die dadurch betroffene Partei den Weiterbestand dieser Massnahme von einer angemessenen Sicherheitsleistung der Gegenpartei abhängig machen (19). Aus dieser Sicherheitsleistung soll sich die durch vorsorgliche Massnahmen in ihrer Dispositionsfähigkeit eingeschränkte Partei schadlos halten können, wenn sich nachher herausstellt, dass die Anordnung der vorsorglichen Massnahmen zu Unrecht erfolgte. Es werden somit nicht wegen fehlendem Wohnsitz des

14) §§ 73–77 ZPO.

15) Sträuli/Messmer, N 2 zu § 83 ZPO.

16) ZR 14 Nr. 139.

17) § 83 Abs. 2 ZPO; BGE 93 II 282.

18) Sträuli/Messmer, N 1 zu § 83 ZPO; diesem Umstand ist jedoch bei der Bemessung der allgemeinen Prozesskaution zugunsten der kautionspflichtigen Partei Rechnung zu tragen.

19) § 227 ZPO.

Klägers in der Schweiz oder feststehender Zahlungsunfähigkeit desselben die Prozesskosten, sondern eine mutmassliche Schadenersatzleistung sichergestellt (20). Die Art dieser Sicherheitsleistung ist – im Gegensatz zur Kautionsleistung – freigestellt (21).

Die Natur dieser Sicherheitsleistung für vorsorgliche Massnahmen bringt es auch mit sich, dass diese der damit belasteten Partei nicht durch Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung erlassen werden kann (22). So kann der im Armenrecht prozessierende Arrestgläubiger nicht eine allfällige Pflicht zur Leistung einer Arrestkaution dem Staat überbinden (23).

3. Kautions – Prozesskostenvorschuss unter Ehegatten

Diese Vorschusspflicht erfasst zwar ebenfalls eine zukünftige Prozessentschädigung, diese ist jedoch nicht sicherzustellen, sondern ungeachtet der prozessualen Stellung der Parteien sind die Kosten für die Parteivertretung direkt vorzuschüssen (24).

Hat der zum Vorschuss verpflichtete Kläger schon eine Kautions nach § 73 ZPO geleistet, so kann er aber verlangen, dass der zur Deckung der prozessualen Umtriebe der Gegenpartei bestimmte Anteil dieser bar ausbezahlt wird (25).

4. Kautions – cautio iudicatum solvi im ursprünglichen Sinn

Für die Kautions im Sinne oben getroffener Umschreibung wird vor allem im internationalen Zivilprozessrecht der dem römischen Recht entnommene Begriff cautio iudicatum solvi verwendet (26).

20) Meier, S. 49; ZR 33 Nr. 5.

21) Sträuli/Messmer, N 2 zu § 227 ZPO.

22) Sträuli/Messmer, N 1 zu § 85 ZPO.

23) Meier, S. 29 Anm. 18.

24) Lemp, N 26 zu Art. 159 ZGB.

25) ZR 42 Nr. 52 lit. n E. 3.

26) So z.B. die französische Originalfassung des iUeZPR in der Überschrift zu Art. 17–19 iUeZPR.

Die cautio iudicatum solvi belastete jedoch ursprünglich den Beklagten und diente vor allem bei dinglichen Klagen (27) der Sicherstellung der gesamten künftigen Erfüllung des Urteiles (28). Mit der heutigen Verwendung des Begriffes cautio iudicatum solvi soll jedoch die im fehlenden Wohnsitz des Klägers im Prozessstaat begründete Kautionspflicht, die sich zudem nur auf die Prozesskosten bezieht, erfasst werden (29). Die heutige Bezeichnung stimmt mit dem ursprünglichen römisch-rechtlichen Begriff also weder im Umfang der Sicherheitsleistung noch in der prozessualen Stellung des Kautionspflichtigen überein (30). Die Gründe, die zu dieser weitreichenden Sinnveränderung führten, sind unklar (31). Wollte man für die heutige Ausländerkaution eine zutreffende römisch-rechtliche Bezeichnung verwenden, so wäre jedenfalls richtigerweise auf die Umschreibung cautio pro expensis zurückzugreifen (32). Soweit nachfolgend jedoch bei Auseinandersetzungen mit den verschiedenen internationalen Übereinkommen von der cautio iudicatum solvi die Rede ist, erfasst dies immer die sog. „Ausländerkaution“, d.h. die Kautionspflicht im Sinne von § 73 Ziff. 1 ZPO.

27) Schlayer, S. 30.

28) Schlayer, S. 257.

29) Dalloz, *Cautio iudicatum solvi*, p. 268, No. 2–4.

30) Riezler, S. 429; Schurter/Fritzsche, S. 591 Anm. 803;
A. Weiss, *Traité de droit international privé*, 9. A., Paris, S. 645;
a.M. Philonenko, S. 613/14 und S. 899.

31) F. Negro, Die Zweckmässigkeit der Annahme des italienischen Instituts der Sicherheitsleistung für die Prozesskosten seitens der verschiedenen Staaten, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1954, S. 237 ff, insbes. S. 242 glaubt an einen germanischen Ursprung des heutigen Sinnes der cautio iudicatum solvi; ähnlich auch Völki, S. 94/95.

32) Schlayer, S. 259 ff; Völki, S. 94; BB1 1898 II S. 764.

I. PARTEIEN

1. Kläger, Widerkläger und Rechtsmittelkläger

Die Kautionspflicht des Klägers, Widerklägers und Rechtsmittelklägers ergibt sich aus dem Wortlaut von § 73 ZPO. Es trifft die Kautionspflicht damit grundsätzlich die **aktiv** in einem Prozess auftretende Partei. Damit sollen die beklagte Partei und das Gericht davor geschützt werden, sich notgedrungenermassen in einen Prozess einlassen zu müssen, der bei Abweisung der Klage die Eintreibung der Gerichtskosten und der Prozessentschädigung als gefährdet erscheinen lässt, sei es wegen fehlendem Wohnsitz des Klägers in der Schweiz oder wegen fehlender Zahlungsfähigkeit desselben. Wohnt der Beklagte jedoch im Ausland oder steht seine Zahlungsfähigkeit in Frage, so hat es der Kläger selber in der Hand, die Chancen einer erfolgreichen Durchsetzung seines Anspruches abzuwägen. Entscheidet er sich für die Anhebung der Klage, obsiegt, kommt jedoch bei der Vollstreckung nicht zum Ziel, so hat er diesen Misserfolg allein zu tragen. Er kann nicht verlangen, dass eine allfällige Prozessentschädigung zum vorneherein sichergestellt wird. Die Einführung einer Kautionspflicht zulasten des Beklagten liesse sich allein schon aus rechtspolitischen Gründen kaum rechtfertigen, denn die Abwehr einer Klage soll nicht von der vorgängigen Leistung einer Kautionspflicht abhängen (1). Die Verteidigungsrechte der beklagten Partei würden dadurch in ungebührlicher Art beschränkt.

Das Gericht kann den Beklagten auch nicht zur Leistung einer Kautionspflicht für die Gerichtskosten anhalten. Es darf die Erfolgsaussichten für die bei Gutheissung der Klage beim Beklagten einzutreibenden Gerichtskosten gar nicht überprüfen und hat bei gegebener Zuständigkeit gezwungenermassen die Klage anhand zu nehmen – auch wenn sie gegen eine im Ausland wohnende oder zahlungsunfähige Partei gerichtet ist. Ein allfälliger unter diesen Umständen dem Gericht erwachsender Verlust findet in der staatlichen Pflicht zur Rechtspflege seine Rechtfertigung.

1) Isler S. 53; Völki S. 112; SJZ 44 S. 212 = ZR 47 Nr. 5.

Immerhin wird dieser Grundsatz aber in § 76 ZPO durchbrochen, allerdings zulasten des Klägers. Sofern die Klage gegen einen Beklagten mit Wohnsitz im Ausland aus den §§ 9 Abs. 2 (Arrestprosequierungsklage) oder 10–12 ZPO (Delikts- und Unterlassungsklagen, vereinbarter Gerichtsstand und vorbehaltlose Einlassung) hergeleitet wird, so **kann** der Kläger zur Sicherstellung der Gerichtskosten verpflichtet werden. Deshalb wird dem Gericht in § 67 Abs. 3 ZPO in den erwähnten Fällen das Recht eingeräumt, die Kosten auch bei Obsiegen des Klägers von diesem zu beziehen, d.h. sich an dessen Kautionschaden zu halten und den Kläger auf sein Rückgriffsrecht gegen den Beklagten zu verweisen. Diese Regelung kommt jedoch nur insoweit zum Tragen, als staatsvertraglich keine Befreiung der Kautionspflicht mangels Wohnsitz in der Schweiz vorgesehen ist.

Die im Zusammenhang mit der Rechtsnatur der klagenden Partei (Konkursmasse, Gemeinschuldner etc.) erforderlichen Ausführungen erfolgen im Rahmen der Auseinandersetzung mit den einzelnen Kautionsstatbeständen. Anzumerken ist hier lediglich noch, dass auch der als Kläger auftretende Staat die Kautionsbestimmungen von § 73 ZPO gegen sich gelten lassen muss (2). Zudem hat jede Partei, unbeachtet ihres Wohnsitzes oder ihrer Solvenz gestützt auf § 75 ZPO bei Erheben einer Nichtigkeitsbeschwerde oder eines Revisionsbegehrens Kautionsleistung zu leisten.

2. Streitgenossenschaft

a. Einfache Streitgenossenschaft

Aus Gründen der Prozessökonomie können mehrere Klagen verschiedener Kläger oder gegen verschiedene Beklagte zu einem Prozess zusammengelegt werden (3). Jede Klage hat aber ihr eigenes Schicksal. Deshalb bleibt auch jeder der Streitgenossen kautionspflichtig, sofern in **seinem** Prozess einer der Kautionsgründe nach § 73 ZPO gegeben ist (4).

2) ZR 72 Nr. 14, wo der in einer Arrestaufhebungsklage als Kläger auftretende Staat Ghana mit einer Kautionsbelastung beaufschlagt wurde.

3) Walder, Zivilprozess, S. 147.

4) BGE 93 II 69; ZR 52 Nr. 149.

b. Notwendige Streitgenossenschaft

Treten mehrere Personen in einem Prozess auf, die an einem Rechtsverhältnis derart beteiligt sind, dass für alle Beteiligten nur in gleichem Sinne entschieden werden kann, so sind diese Beteiligten in einer notwendigen Streitgenossenschaft zusammengeschlossen (5). Als Ausnahmeregelung zu den Kautionsbestimmungen der §§ 73–76 ZPO bestimmt nun § 77 ZPO neu, dass den notwendigen Streitgenossen erst dann eine Pflicht zur Kautionsleistung erwächst, wenn bei **allen** als Kläger, Widerkläger oder Rechtsmittelkläger auftretenden Streitgenossen Kautionsgründe vorliegen.

Bis zu dieser eindeutigen Regelung war die Praxis bezüglich der Kautionspflicht der notwendigen Streitgenossenschaft uneinheitlich und eine Kautionspflicht bei Vorliegen eines entsprechenden Grundes auch bei nur einem der Streitgenossen wurde teils bejaht (6), teils verneint (7). Die mit § 77 ZPO nun eingetretene Klärung ist sachlich gerechtfertigt und zu begrüssen.

Liegen zudem in einer Gesamthandschaft Kautionsgründe vor, so gehen diese nicht auf die einzelnen Beteiligten über (8).

3. Hauptintervenient

Der Hauptintervenient macht am Streitgegenstand ein besseres, beide bisherigen Prozessparteien ganz- oder teilweise ausschliessendes Recht geltend (9). Damit wird ein neuer Prozess eingeleitet. Die ursprünglichen Parteien stehen dabei dem Hauptintervenienten als notwendige Streitgenossenschaft gegenüber. Damit ist auch gesagt, dass bei der Beurteilung einer allfälligen Kautionspflicht des Hauptintervenienten keine zusätzlichen Argumente zu berücksichtigen sind. Liegen Kautionsgründe bei ihm vor, so wird er ohne weiteres kautionspflichtig.

5) § 39 Abs. 1 ZPO.

6) ZR 60 Nr. 57; 54 Nr. 108; SJZ 37 S. 284.

7) Sträuli/Hauser, Anm. 3a zu § 50 aZPO; SJZ 45 S. 157, 39 S. 542; ZR 42 Nr. 149.

8) ZR 42 Nr. 52 lit. e.

9) § 43 ZPO.

4. Nebenintervenient

Wer ein rechtliches Interesse daran glaubhaft macht, dass in einem zwischen anderen Parteien anhängigen Prozess die eine Partei obsiegt, kann sich zu deren Unterstützung ihr als Nebenintervenient anschliessen (10). Er wird dabei zum Streitgehilfen der von ihm unterstützten Partei (11). Als solcher ist er nicht selbständige Prozesspartei. Es erwachsen ihm deshalb weder Kosten- noch Entschädigungspflichten und auch keine derartigen Ansprüche (12). Damit muss auch eine selbständige Kautionspflicht des Nebenintervenienten verneint werden. Dies gilt auch dann noch, wenn der Nebenintervenient den Prozess anstelle des kautionspflichtigen Klägers, Widerklägers oder Rechtsmittelklägers fortführt (13). Da in diesem Fall der Nebenintervenient für die bereits entstandenen Kosten nach § 76 Abs. 2 ZPO solidarisch haftet, geht die für die Hauptpartei bestehende Kautionspflicht nicht auch auf den Nebenintervenienten über. Ist jedoch bei dem den Prozess fortsetzenden Nebenintervenienten selber ein Kautionsgrund gegeben, so ist auch seine Kautionspflicht ohne weiteres zu bejahen.

5. Litisdenunziat

Während der Nebenintervenient von sich aus dem Prozess beitritt, wird der Litisdenunziat vom Streitverkünder aufgefordert, ihm im anhängigen Prozess beizustehen. Überlässt der Streitverkünder darauf dem Litisdenunziaten die Fortsetzung des Prozesses, so kommt wiederum § 76 Abs. 2 ZPO zum Zug. Für die bis zu diesem Zeitpunkt aufgelaufenen Kosten haftet der Streitverkünder mit dem Litisdenunziaten solidarisch, die künftigen Kosten hat der Litisdenunziat dann allein zu tragen. Bezüglich der Kautionsregelung kann somit auf die vorstehenden Ausführungen zum Nebenintervenienten verwiesen werden. Auch hier trifft den Litisdenunziaten nur dann eine Kautionspflicht, wenn bei ihm selber ein Kautionsgrund vorliegt, eine allfällige Kautionspflicht des Streitverkünders geht somit nicht auf ihn über.

10) § 44 Abs. 1 ZPO.

11) Walder, Zivilprozess, S. 157.

12) Sträuli/Messmer, N 1 zu § 45 ZPO.

13) ZR 76 Nr. 41, 47 Nr. 5 = SJZ 44 S. 212; a.M. Sträuli/Messmer, N 5 zu § 73 ZPO.

6. Beklagter

Mit Dahinfallen der Klageprovokation (14) erübrigte es sich auch, über eine allfällige Kautionspflicht des Beklagten zu befinden. Soweit sich der Beklagte nicht selber durch Anhebung einer Widerklage oder durch Ergreifen eines Rechtsmittels aktiv in den Prozess einführt, vermag ihn keine Kautionspflicht zu treffen. Dies gilt auch im Arrestaufhebungsprozess, obwohl hier die Klage vom Beklagten „proviziert“ wurde und dieser auch die Berechtigung seiner Arrestnahme nachzuweisen hat (15). Ebenfalls ist der erstinstanzlich kautionspflichtige Kläger, soweit er im Rechtsmittelverfahren lediglich als Beklagter auftritt, kautionsfrei zuzulassen (16). Eine allfällige Kautionspflicht des Beklagten bleibt somit auf die Ausnahmeregelung des § 74 ZPO – verheimlichter Wohnsitz – beschränkt.

14) §§ 60 und 122 aZPO.

15) ZR 70 Nr. 28 = SJZ 67 S. 213.

16) Sträuli/Hauser, Anm. 4 zu § 59 aZPO. Das Prot. EK sah auf S. 67 zwar noch vor: „Die Kautionspflicht gemäss §§ 59 u. 60 ZPO gilt auch für den Kläger, der Rechtsmittelbeklagter, und für den Beklagten, der Rechtsmittelkläger geworden ist“. Diese zu weit gehende Bestimmung wurde jedoch nach Prot. EK S. 799 zu Recht wieder gestrichen.

II. VERFAHREN

1. Grundsatz

Die in der Folge zu behandelnden Bestimmungen über die Kautionspflicht kommen an sich in allen Verfahrensarten (17) und -stufen (18) zur Anwendung. Sie sind somit auch bei Prozessen um höchstpersönliche Rechte (19) zu beachten (20). Immerhin hat das Bundesgericht angedeutet, dass Art. 145 ZGB die Anwendung von Kautionsbestimmungen im Ehescheidungsprozess ausschliessen könnte (21).

Aus dem Titel der Arbeit ergibt sich die Beschränkung auf das ordentliche Verfahren.

-
- 17) § 73 in Verbindung mit § 204 ZPO; ZR 32 Nr. 28. Nicht davon erfasst wird jedoch das Schiedsgerichtsverfahren. Es kennt seine eigenen Kautionsbestimmungen in § 247 ZPO. Es werden dabei jeweils beide Parteien zur Sicherstellung der Schiedsgerichtskosten angehalten. Erweist sich die von der unterliegenden Partei geleistete Kautionsleistung als ungenügend, so kann sich das Schiedsgericht – in Abweichung zu § 81 ZPO – auch an die Kautionsleistung der obsiegenden Partei halten. (§ 247 Abs. 3 ZPO). Grössere Barkautionsleistungen sind zudem zinsbringend anzulegen (SJZ 54 S. 92). Des weitern haben die Parteien in einem Schiedsgerichtsverfahren keinen Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (ZR 39 Nr. 133). Sind bei einer Partei im Schiedsgerichtsverfahren zudem Kautionsgründe i.S. des § 73 ZPO gegeben, so kann die Gegenpartei nicht die Sicherstellung ihrer allfälligen Prozessentschädigung verlangen (Sträuli/Messmer, N 10 a.E. zu § 247 ZPO; a.M. SJZ 46 S. 381).
- 18) Mit Ausnahme superprovisorischer Massnahmen im ordentlichen Verfahren, die nach § 82 ZPO schon vor der Kautionsleistung erlassen werden können; sowie bei Nichtigkeitsbeschwerde und Revision, § 75 ZPO belastet hier jeden Rechtsmittelkläger mit einer Kautionspflicht und zwar im Umfang von § 73 ZPO, d.h. für die gesamten mutmasslichen Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens.
- 19) Ehe-, Vaterschafts-, Vormundschafts- und Personenstandsklagen.
- 20) Sträuli/Messmer, N 1 zu § 73 ZPO; Isler S. 72 ff; ZR 15 Nr. 98, 14 Nr. 76; SJZ 11 S. 227; in diesem Sinne auch schon Sträuli, N 2 zu § 265 RPG.
- 21) BGE 91 II 79: „Es erübrigt sich zu entscheiden, ob die Anwendung von Art. 150 Abs. 2 und bes. 4 OG im Scheidungsprozess nicht im vorneherein durch Art. 145 ZGB ausgeschlossen ist.“ Sowie auch BGE 91 II 252: „... dass dem Sicherstellungsbegehren übrigens auch Gründe des Familienrechtes entgegenstehen“.

2. Ausnahmen

a. *Verfahren vor Friedensrichter*

§ 78 ZPO schliesst sowohl für das Sühneverfahren als auch das Erkenntnisverfahren des Friedensrichters die Geltung der §§ 73 ff ZPO vollumfänglich aus.

b. *Verfahren vor Arbeitsgericht*

Nach Art. 343 Abs. 3 OR dürfen in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zu Fr. 5000.— den Parteien weder Gebühren noch Auslagen des Gerichtes auferlegt werden (22). Eine Prozessentschädigung kann jedoch der obsiegenden Partei zugesprochen werden, weshalb diese bei Vorliegen eines Kautionsgrundes auch sicherzustellen wäre (23). § 78 ZPO hält jedoch nun neu ausdrücklich fest, dass in den nicht der Berufung unterliegenden arbeitsrechtlichen Streitigkeiten eine Pflicht zur Kautionsleistung generell ausgeschlossen ist.

c. *Verfahren vor Mietgericht*

Für die Erstreckung eines Mietverhältnisses ist zwar bundesrechtlich lediglich ein rasches Verfahren vorgeschrieben (24). Da jedoch der BB über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 30. Juni 1972 festgelegt, dass in den daraus hervorgehenden Streitigkeiten in der Regel ungeachtet des Verfahrensausganges weder Gerichtskosten noch Prozessentschädigungen aufzuerlegen sind, wurden in § 78 ZPO die Kautionsbestimmungen ebenfalls in allen Verfahren vor Mietgericht generell ausser Kraft gesetzt (25).

22) Es sei denn, die Prozessführung wäre mutwillig erfolgt (Sträuli/Messmer, N 2 zu § 64 ZPO; ZR 71 Nr. 75).

23) ZR 71 Nr. 75.

24) Art. 267 lit. f OR.

25) R. Hunziker, Das Verfahren in Mietsachen gemäss Art. 267 a–f des Obligationenrechts und gemäss Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 30. Juni 1972, Diss. Zürich, 1978, S. 40.

Dieser generelle Ausschluss der Kautionsbestimmungen ist jedoch mit Recht im Rahmen der am 8. Juni 1980 durch Volksabstimmung angenommenen Kompetenzerweiterung der Mietgerichte in der Neufassung von § 78 ZPO auf den bisherigen Bereich (Erstreckung von Miet- und Pachtverhältnissen) beschränkt worden.

Kapitel 3: Fehlender Wohnsitz in der Schweiz als Kautionsgrund

I. NATÜRLICHE PERSONEN

1. Der Wohnsitz nach Art. 23 Abs. 1 ZGB

Der Wohnsitz kann treffend bezeichnet werden als „die rechtliche Adresse einer Person, der Ort, an dem sie sich im Rechtssinne befindet“ (1). Diese „Adresse“ dient der Anknüpfung zahlreicher Rechtsfolgen.

Die Umschreibung des Wohnsitzes in Art. 23 Abs. 1 ZGB (2) weist eine subjektive (... Absicht ...) und eine objektive (... dauernden Verbleibens ...) Voraussetzung auf, die beide zusammen zur Annahme eines Wohnsitzes erfüllt sein müssen (3). Die Gewichtung dieser beiden Elemente gab Anlass zu zahlreichen Auseinandersetzungen (4). Auch die Praxis erachtete einmal mehr die subjektive, dann wieder mehr die objektive Voraussetzung als ausschlaggebend (5). Nach umfangreicher Auseinandersetzung mit seiner bisherigen Praxis hat sich das Bundesgericht (6) dann für eine objektivierende Betrachtungsweise entschieden, d.h. subjektive Tatbestandselemente sind nur insoweit zu berücksichtigen, als dass sie nach aussen hin in Erscheinung getreten sind (7). Der allgemeine Grundsatz des Vertrauensprinzipes kommt somit auch hier zur Anwendung (8).

1) Grossen, S. 345.

2) „Der Wohnsitz einer Person befindet sich an dem Orte, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält.“

3) U. Vischer, S. 14.

4) U. Vischer, S. 11 Anm. 7 und 8.

5) zusammengefasst bei A. Bucher, ZSR 95 (1977) I S. 435.

6) BGE 97 II 3.

7) Grossen, S. 351.

8) Bucher, N 12 zu Art. 23 ZGB.

Für den Kläger mit fremder Staatsangehörigkeit ist dabei die Annahme eines Wohnsitzes in der Schweiz nicht zwingend an das Vorliegen einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung gebunden. Derartige Bewilligungen dürfen aber in der Regel als Indiz für die Annahme des Lebensmittelpunktes in der Schweiz gelten (9). Schwierigkeiten kann jedoch die Bestimmung des Wohnsitzes bei sogenannten „Saisonniers“ bereiten. Grossen (10) wertet meines Erachtens zu Recht die Mitnahme der Familie als wohnsitzbegründendes Merkmal. Bleibt die Familie am ursprünglichen Wohnsitz zurück, so bleibt auch der Wohnsitz des Saisonniers dort. Die Beziehung zur Familie geht der Beziehung zum Arbeitsplatz vor (11). Auch wenn aber der Saisonnier, der seine Familie an den Arbeitsort mitnimmt, aus fremdenpolizeilichen Gründen die Schweiz periodisch zu verlassen hat, so steht damit der Annahme eines Wohnsitzes in der Schweiz nichts entgegen (12).

2. Der Wohnsitz im Zivilprozessrecht

Der Wohnsitz hat im Zivilprozessrecht gerichtsstandbegründende Funktion. In der Ausgestaltung des Begriffes Wohnsitz für das Zivilprozessrecht sind die Kantone dabei frei; einzige Schranke bildet Art. 58 BV. So sieht § 1 Abs. 1 ZPO z.B. bei fehlendem Wohnsitz des Beklagten auch dessen Aufenthaltsort als Klageforum vor. Zudem gilt im Zivilprozessrecht der Grundsatz der Wohnsitzeinheit nicht, es stehen einer Person unter Umständen mehrere „Wohnsitze“ zu (13). Für die

-
- 9) Bucher, N 39 zu Art. 23 ZGB.
 - 10) S. 352.
 - 11) BGE 74 III 20; zu eng ZR 62 Nr. 93, 26 Nr. 38.
 - 12) Grossen, S. 352; noch weiter gehend Bucher, N 38 zu Art. 23 ZGB in Verbindung mit N 27 der Vorbemerkungen vor Art. 22–26 ZGB, der aus grundsätzlichen Erwägungen zur Begründung der inländischen, d.h. schweizerischen Zuständigkeit eine möglichst weitgehende Wohnsitzbestimmung fordert. Dies mag zur Zuständigkeitsbegründung eines schweizerischen Forums seine Berechtigung haben, der für den Saisonnier den kautionsfreien Zugang zum Gericht bewirkenden Wohnsitz in der Schweiz soll jedoch nach den oben erwähnten Grundsätzen bestimmt werden.
 - 13) Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 82; Bucher, N 37 der Vorbemerkungen vor Art. 22–26 ZGB; U. Vischer, S. 156.

Beurteilung jedoch, ob eine Kautionspflicht wegen mangelnden Wohnsitzes in der Schweiz nach § 73 Ziff. 1 ZPO zu leisten ist, muss auf die Voraussetzungen von Art. 23 Abs. 1 ZGB zurückgegriffen werden (14). Die in Art. 24 ZGB formulierten Fiktionen hingegen kommen nicht zum Zuge (15), denn sie würden ja dem Grund der Kautionsauflage keineswegs gerecht (16). Ähnliches gilt für die sog. „résidence habituelle“ (17).

Die Zürcher Gerichte haben in konstanter Praxis bei der Bestimmung des für die Kautionsbegründung massgebenden Wohnsitzbegriffes allein auf Art. 23 Abs. 1 ZGB abgestellt (18).

Ergibt sich nach der Anwendung von Art. 23 Abs. 1 ZGB für die klagende Partei kein Wohnsitz in der Schweiz, so steht ihre Kautionspflicht noch nicht endgültig fest. Es bleibt vielmehr noch zu prüfen, ob die klagende Partei sich nicht auf eine ihr staatsvertraglich zugesicherte Kautionsbefreiung berufen kann. Um dies für sich beanspruchen zu können, hat die klagende Partei – wie noch zu zeigen sein wird (19) – in aller Regel nachzuweisen, dass für sie, nebst entsprechender Staatsangehörigkeit, auch ein Wohnsitz in einem Staat angenommen werden kann, der mit der Schweiz ein entsprechendes Abkommen über eine Kautionsbefreiung getroffen hat. Zu diesem Zweck ist nach den bekannten Kriterien von Art. 23

14) Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 82.

15) Sträuli/Messmer, N 6 zu § 73 ZPO in Verbindung mit N 2 zu § 2 ZPO.

16) Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 82 Anm. 6; Bucher, N 39 zu Vorbemerkungen vor Art. 22–26 ZGB; Isler, S. 16; BGE 96 I 148 E. 4b.

17) Die „résidence habituelle“ stellt einen internationalen Begriff dar, der unabhängig von einer bestimmten Rechtsordnung einen über den gewöhnlichen Aufenthalt hinausgehenden Wohnzustand umschreiben soll. Die „résidence habituelle“ kam vor allem in neueren Haager Abkommen zum Zuge (so z.B. Art. 1 des Übereinkommens über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht vom 24. Oktober 1956, SR 0.211.221.431). Auch das Bundesgericht hat sich schon dieses Begriffes bedient (BGE 94 II 230, 94 I 243, 89 I 314). In all diesen Fällen ging es jedoch darum, ein sich bei Anwendung des jeweils gesetzlich abgeleiteten Wohnsitzes ergebendes stossendes Resultat zu verhindern (vgl. dazu auch Bucher, N 50 zu Art. 24 ZGB; Villiger, S. 32/33; U. Vischer, S. 183 ff; Vischer S. 544/45; sowie F.A. Mann, Der „gewöhnliche Aufenthalt“ im internationalen Privatrecht, Berlin 1976, S. 25 ff).

18) ZR 70 Nr. 26, 54 Nr. 109, 42 Nr. 52 lit. a, 26 Nr. 39, 26 Nr. 38; SJZ 45 S. 296.

19) vgl. hinten S. 29 ff.

Abs. 1 ZGB, das heisst der *lex fori* (20), der Wohnsitz der klagenden Partei zu bestimmen. Ergibt sich dabei ein Wohnsitz in einem Land, das keine staatsvertragliche Regelung für eine Kautionsbefreiung getroffen hat, so erübrigen sich weitere Auseinandersetzungen mit dem Wohnsitz der klagenden Partei, ihre Kautionspflicht steht ohne weiteres fest. Führt jedoch die Anwendung von Art. 23 Abs. 1 ZGB zu einem Wohnsitzstaat, mit dem die Schweiz staatsvertraglich eine Kautionsbefreiung vorgesehen hat, so bleibt des weitern noch zu prüfen, ob auch nach Anwendung der sich daraus ergebenden *lex domicilii* dieser Wohnsitz bestehen bleibt (21). Damit soll die gesicherte Vollstreckung des Kostenentscheides, die ja immer das Korrelat zur Kautionsbefreiung darstellt, überprüft werden. Denn der durch die *lex fori* ermittelte Wohnsitzstaat der klagenden Partei soll sich bei einer allfälligen Vollstreckung nicht auf den Standpunkt stellen können, die klagende Partei habe gar keinen Wohnsitz in seinem Staatsgebiet (22).

Diese Überprüfung ist vor allem bei der Wohnsitzbestimmung im angelsächsischen Rechtsbereich wichtig, da dort zur Annahme eines Wohnsitzes qualifizierte Anforderungen erfüllt sein müssen. Ein vom sogenannten „*domicil of origin*“ abweichendes „*domicil of choice*“ ist nämlich nur bei der Absicht, den neu gewählten Lebensmittelpunkt bis zum Lebensende beizubehalten, anzunehmen (23). Die Auseinandersetzung mit dem schweizerisch-britischen Abkommen wird jedoch zeigen (24), dass diese an sich komplizierte Wohnsitzbestimmung des angelsächsischen Rechtes für eine allfällige Kautionsbefreiung von untergeordneter Bedeutung ist. Eine Kautionsbefreiung ist nämlich nur möglich, wenn im Prozessstaat selber nicht leicht verwertbares Eigentum der klagenden Partei liegt, mithin für die Prozesskosten im Prozessstaat selber ein Haftungssubstrat besteht.

20) Bucher, N 91 zu Vorbemerkungen vor Art. 22-26 ZGB; Vischer, S. 543; U. Vischer, S. 178 ff.

21) Vischer, S. 543; a.M. U. Vischer, S. 179; BGE 103 II 6.

22) ZR 75 Nr. 7.

23) Bucher, N 14 zu Vorbemerkungen vor Art. 22–26 ZGB; U. Vischer S. 168/69; ZR 70 Nr. 24, 65 Nr. 95.

24) vgl. hinten S. 64 ff.

II. DER SITZ JURISTISCHER PERSONEN

1. Der Sitz juristischer Personen nach Art. 56 ZGB

Auch den juristischen Personen schreibt Art. 56 ZGB einen „Wohnsitz“ zu. Er befindet sich grundsätzlich an dem von den Statuten bestimmten Ort. Schweigen diese, so gilt der Ort der Verwaltung als „Wohnsitz“, d.h. als Sitz der juristischen Person. Analog den natürlichen Personen gilt auch hier das Prinzip der Wohnsitz-einheit (25). Abweichend jedoch steht es den juristischen Personen zu, ihren Sitz frei zu wählen (26).

Der Sitz juristischer Personen ist Ausgangspunkt zahlreicher Rechtsfolgen und dessen Bestimmung deshalb – vor allem in einer Zeit fortschreitender wirtschaftlicher Internationalisierung – von grosser Bedeutung.

2. Kollisionsrechtliche Probleme

Wie schon bei den natürlichen Personen ist der nicht in der Schweiz gelegene Sitz einer juristischen Person einzig und allein massgebend für eine Kautionsauflage nach § 73 Ziff. 1 ZPO (27). Auf eine „Staatsangehörigkeit“ (28) der juristischen Person kann es hier nicht ankommen (29) – zumindest was die **Kautionsauflage** betrifft. Wie zu zeigen sein wird (30), kann die aktiv, d.h. in der Klägerrolle auftretende Partei unter Umständen von ihrer im fehlenden Wohnsitz in der Schweiz begründeten Kautionspflicht staatsvertraglich befreit werden. Voraussetzung ist dabei – soweit das iUeZPR zur Anwendung gelangt – dass die klagende Partei als Angehörige einer dieser dem Übereinkommen beigetretenen Vertragsstaaten gilt und zudem auch im Gebiet irgendeines dieser Vertragsstaaten ihren Wohnsitz hat. Für eine Befreiung aus der grundsätzlichen Kautionspflicht ist somit auch die Staatsangehörigkeit juristischer Personen von Bedeutung. Die nachfolgenden Ausführungen werden jedoch zeigen, dass der Bestimmung der Staatsangehörigkeit keine selbständige Bedeutung zukommt.

25) Gutzwiller, S. 500; Heini, S. 534 Anm. 29.

26) Art. 56 ZGB; Gutzwiller, S. 500 Anm. 95; BGE 53 I 127.

27) v. Steiger, Staatsangehörigkeit, S. 4; derselbe, Handelsgesellschaft, S. 266.

28) Vgl. dazu Gutzwiller S. 496 und dort in Anm. 86 zitierte Literatur; zudem auch Mann, S. 65.

29) In diesem Sinne unklar, W. Stauffer, N 47 zu Art. 14 Schlussbest. OR und W. Hartmann, N 2 in Anhang zu Art. 594–617 OR.

30) Vgl. hinten S. 29 ff.

a. Die „Staatsangehörigkeit“ juristischer Personen

Juristischen Personen ist nur mit Zurückhaltung eine „Staatsangehörigkeit“ zuzuordnen (31). Es mag dies aber in Ausnahmefällen angebracht sein (32). Grundsätzlich ist jedoch von einer Nationalisierung juristischer Personen Abstand zu nehmen; es kann sich insbesondere nicht das Personalstatut einer juristischen Person nach dessen Staatsangehörigkeit bilden.

Ist über die „Staatsangehörigkeit“ einer juristischen Person zu befinden, so kann dies immer nur durch das Recht jenes Staates geschehen, dessen Staatsangehörigkeit in Frage steht (33), d.h., es kann zum Beispiel nur französisches Recht über die französische Staatsangehörigkeit befinden. Offen bleibt aber noch die Frage, wie diese Staatsangehörigkeit zu bestimmen ist.

b. Das Personalstatut der juristischen Person

Zahlreiche Theorien nehmen für sich die richtige Bestimmung des Personalstatutes juristischer Personen in Anspruch (34). Ernsthaft zu überprüfen sind jedoch lediglich die Sitz- und die Inkorporationstheorie.

Die Sitztheorie will die Rechtsordnung am tatsächlichen Verwaltungssitz der juristischen Person als massgebend erklärt haben (35). Diese Theorie wird vom Bundesgericht in einem neueren Entscheid in der Schweiz als herrschend bezeichnet (36). Das dürfte jedoch nicht zutreffen – zumindest nicht für den

31) B. Grossfeld, Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen, *Rabels Z.*, 1967, S. 1 ff, insbes. S. 32; Mann S. 56.

32) Vischer, S. 570 Anm. 2, mit dem BB über die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 23. März 1961 als Beispiel, wo Art. 3 u.a. bestimmt: „Als Personen mit Wohnsitz im Ausland gelten: . . . c. juristische Personen und vermögensfähige Personengesellschaften ohne juristische Persönlichkeit, die ihren Sitz in der Schweiz haben, aber mit beherrschender finanzieller Beteiligung von Personen ohne Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz.“

33) Mann, S. 58/59.

34) Vgl. dazu die Zusammenstellung bei Niederer, S. 112/13.

35) Gutzwiller, S. 497; Vischer, S. 570.

36) BGE 102 Ia 410 E.

tatsächlichen Verwaltungssitz als Anknüpfungsbegriff. In der Schweiz wird von der Lehre, ihrer eindeutigen Bestimmbarkeit wegen, vielmehr die sogenannte Inkorporationstheorie bevorzugt. Die juristische Person ist damit jenem Recht zu unterstellen, nach dem sie inkorporiert wurde (37). Das für die Gründungsvorschriften massgebende Recht regiert das Personalstatut.

Da nun in aller Regel der Gründungsstaat verlangt, dass sich auch der Sitz der nach seinem Recht gegründeten Gesellschaft in seinem Staatsgebiet befindet, fallen Inkorporationstheorie und Sitztheorie – insoweit dabei der statutarische Sitz als massgebend erachtet wird – zusammen (38) (39) (40). Ein späteres Auseinanderfallen von statutarischem Sitz und Gründungsstaat der juristischen Person wird zudem selten bleiben, da in aller Regel die Auswanderung der juristischen Person erst durch Liquidation im Inkorporationsstaat und formelle Gründung im neuen Staat möglich gemacht wird (41).

-
- 37) Vgl. dazu z.B. Niederer, S. 124 ff; Vischer, S. 571; Guldener, Internationales Zivilprozessrecht, S. 13 Anm. 17a; R. Moser, Personalstatut und Innenverhältnis der Aktiengesellschaft, in Festschrift W. Bürgi, Zürich 1971, S. 283 ff, insbes. S. 284–286; derselbe, Das internationale Obligationen- und Handelsrecht der Schweiz 1954–1963, *Rabels Z* 1967, S. 670 ff, insbes. S. 694/95; P. Gauch, Überkommene und andere Gedanken zu Art. 934 OR, in *SAG* 50 (1978) S. 77 ff, S. 88 Anm. 52.
- 38) Niederer, S. 123; Vischer, S. 570; v. Steiger, Staatsangehörigkeit, S. 27/28; Moser, a.a.O., Personalstatut, S. 284.
- 39) pointiert dazu Mann, S. 67: „Wer den auf diese Weise bestimmten Sitz für entscheidend hält, wendet in Wirklichkeit das Recht des Gründungsstaates an und soll es aufgeben, der Sitztheorie das Wort zu reden.“
- 40) zur bundesgerichtlichen Praxis, der ihre Zuneigung zur Sitztheorie vorgehalten wird, führt Niederer, S. 123, unter Hinweis auf W. Stauffer, Kommentar, N 50 zu Art. 14 Schlussbest. OR an, das Bundesgericht habe bis zu diesem Zeitpunkt gar noch nie entscheiden müssen, wie es bei einem Auseinanderfallen von Sitz und Gründungszugehörigkeit zu halten sei.
- 41) so Art. 14 Schlussbest. OR und Art. 50/51 HRV; vgl. dazu Heinz Egli, Die Sitzverlegung iuristischer Personen im internationalen Privatrecht, Diss. Zürich 1965; R. von Graffenried, Die Sitzverlegung iuristischer Personen als Schutzmassnahme, *ZSR* 78 (1959) I S. 165 ff.

Es kann somit davon ausgegangen werden, dass sich das Personalstatut der juristischen Person nach dem Recht des Gründungsstaates, der mit dem Staat des statutarischen Sitzes identisch ist, bestimmt. Wenn dies auch von der Lehre her nicht unbestritten ist (42), so findet die so verstandene Inkorporationstheorie zumindest im Hinblick auf eine Kautionsauflage ihre Rechtfertigung.

c. „Staatsangehörigkeit“ und Personalstatut der juristischen Person im Hinblick auf die staatsvertraglich zugesicherte Kautionsbefreiung

Das für die staatsvertraglich zugesicherte Kautionsbefreiung meistens zur Anwendung kommende iUeZPR fordert zum Eintritt dieser Kautionsbefreiung sowohl Zugehörigkeit zu einem der Vertragsstaaten als auch Wohnsitz in einem derselben. Mit der eben gewonnenen Bestimmung des Personalstatutes durch die Inkorporationstheorie fallen die theoretischen und auch praktischen Schwierigkeiten, die sich aus der Bestimmung der „Staatsangehörigkeit“ einer juristischen Person ergeben können, dahin. Die juristische Person ist zwingend nach den Vorschriften des Gründungsstaates inkorporiert und mit dem statutarischen Sitz im Gründungsstaat ebenso zwingend noch dessen Angehöriger. Dies führt nun ebenfalls zur eindeutigen Beantwortung der Frage, welche aktiv im Prozess auftretende juristische Person, die über keinen Sitz in der Schweiz verfügt, sich unter Hinweis auf einen Staatsvertrag ihrer grundsätzlichen Kautionspflicht entschlagen kann. Es ist diejenige, die nach dem Recht eines Landes, das mit der Schweiz staatsvertraglich eine Kautionsbefreiung vereinbart hat, gegründet wurde, und in diesem Staatsgebiet auch noch ihren statutarischen Sitz hat. Diese straffe Bestimmung des Personalstatutes der juristischen Person lässt sich von der Kautionsauflage her rechtfertigen. Ausgangspunkt dieser Kautionsauflage ist die bei Abweisung der Klage wegen fehlenden Wohnsitzes in der Schweiz als ungesichert erscheinende Realisierung der Prozesskosten bei der klagenden Partei. Kann sich diese Partei nun auf eine ihr staatsvertraglich zuge-

42) Befürwortend Vischer, S. 571/72; Niederer, S. 124 f; Moser, a.a.O., Personalstatut, S. 285/86; Grossfeld, a.a.O., S. 32.

sicherte Kautionsbefreiung berufen, so muss dessen ungeachtet auch das Inkasso der Prozesskosten gesichert bleiben. Es muss deshalb für Gericht und Gegenpartei ohne weiteres feststehen, dass sie ungehindert zur Vollstreckung ihrer allfällig aus der Abweisung der Klage erwachsenden Ansprüche kommen. Dafür bietet die im Sinne obiger Ausführungen verstandene Inkorporationstheorie für die Sitzbestimmung Gewähr.

3. Der Sitz von AG, GmbH, Kommandit AG und Genossenschaft

Für diese sogenannten Kapitalgesellschaften stellt der Eintrag in das Handelsregister konstitutives Gründungselement dar (43). Sie entstehen als juristische Personen somit erst durch den Eintrag. Es können dabei nur derartige Gesellschaften in das Register eingetragen werden, die in der Schweiz auch ihren Sitz haben (44) (45). An diesem Sitz unterliegen die Gesellschaften auch der Betreibung (46).

Tritt eine derartige Kapitalgesellschaft aktiv in einem Prozess auf, ohne dass sie ihren statutarischen Sitz in der Schweiz vorzuweisen vermag, ist ihre grundsätzliche Kautionspflicht gegeben. Ebenso eindeutig lässt sich nach den eben erarbeiteten Kriterien (47) eine ihr allenfalls zukommende staatsvertragliche Kautionsbefreiung registerrechtlich belegen.

4. Der Sitz von Verein und Stiftung

Der Verein bedarf zu seiner Entstehung als juristische Person keiner Eintragung im Handelsregister (48). Er kann sich jedoch eintragen lassen (49). Betreibt der Verein ein nach kaufmännischen Grundsätzen geführtes Gewerbe, so besteht für ihn die Pflicht, einen Handelsregistereintrag vorzunehmen (50). Für alle privat-

43) AG: 643 Abs. 1 OR; Komm. AG: 764 Abs. 2 OR; GmbH: 783 Abs. 1 OR; Genossenschaft: 830 und 838 Abs. 1 OR.

44) E. His, Kommentar, Bern 1940, N 105/106 zu Art. 934 OR; P. Forstmoser, Kommentar, Bern 1972, N 87 zu Art. 832/33 OR; Isler, S. 18.

45) für den Spezialfall der Zweigniederlassung vgl. hinten S. 000.

46) Art. 46 SchKG.

47) vgl. vorn S. 23.

48) Art. 60 Abs. 1 ZGB.

49) Art. 52 Abs. 2 und 61 Abs. 1 ZGB.

50) Art. 61 Abs. 2 ZGB.

rechtlichen Stiftungen hingegen ist der Handelsregistereintrag – analog den Kapitalgesellschaften – konstitutives Gründungselement (51). Familien- und kirchliche Stiftungen haben das Recht, sich eintragen zu lassen; betreiben derartige Stiftungen ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe, so sind sie ebenfalls zur Eintragung verpflichtet.

Die jeweiligen Handelsregistereinträge des Vereines oder der Stiftung haben an ihrem Sitz zu erfolgen (52), dort unterliegen sie auch der Betreibung (53).

a. Im Handelsregister eingetragene Vereine und Stiftungen

Der Verein kann einen sogenannten wandernden Sitz eintragen lassen (z.B. „der Sitz befindet sich am jeweiligen Wohnsitz des Präsidenten“). Damit kann dem Handelsregistereintrag der Sitz nicht eindeutig entnommen werden. Nach Art. 97 lit. c HRV hat jedoch der Verein anzugeben, wo die Verwaltung effektiv geführt wird und wo damit der Sitz liegt. Der so feststehende Betreibungsort nach Art. 46 Abs. 2 SchKG bleibt solange bestehen, bis dass eine Änderung eingetragen wird (54). Ist der Sitz somit eindeutig bestimmbar, ergeben sich keine weiteren Schwierigkeiten im Hinblick auf eine allfällige Kautionsauflage der im Handelsregister eingetragenen Vereine und Stiftungen.

b. Nicht im Handelsregister eingetragene Vereine und Stiftungen

Ist ein Eintrag weder in der Schweiz, noch in einem Staat, dessen Angehörigen der kautionsfreie Zugang zu den Gerichten staatsvertraglich zugesichert wurde, gegeben, so ist auch nicht mehr weiter nach dem Sitz der Stiftung oder des Vereins zu suchen. Die Kautionspflicht steht vielmehr fest, diesmal allerdings nach § 73 Ziff. 6 ZPO, der die Kautionspflicht nicht im fehlenden Wohnsitz in der Schweiz, sondern im fehlenden Handelsregistereintrag begründet (55). Damit ist auch gesagt, dass eine ausländische, nicht im Handelsregister eingetragene Stiftung sich nicht auf eine allfällig staatsvertraglich zugesicherte Kautionsbefreiung berufen kann. Die Kautionspflicht trifft ja hier schlechterdings alle nicht im Handelsregister eingetragenen Vereine und Stiftungen.

51) Art. 51 Abs. 1 und 2 ZGB.

52) Riemer, ST N 514.

53) Art. 46 Abs. 2 SchKG.

54) Riemer, Verein und SchKG, S. 134 Anm. 25.

55) SJZ 74 S. 208; vgl. dazu auch hinten S. 111 ff.

III. DER SITZ VON KOLLEKTIV- UND KOMMANDITGESELLSCHAFTEN

Auch Kollektiv- und Kommanditgesellschaften benötigen zu ihrer Entstehung keines Handelsregistereintrages. Es besteht aber Eintragungspflicht (56). Lediglich für diejenigen Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, die kein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben, bedeutet der Handelsregistereintrag konstitutives Gründungselement (57). Unbesehen eines allfälligen Handelsregistereintrages sind sowohl Kollektiv- als auch Kommanditgesellschaft partei- und prozessfähig (58). Schwierigkeiten kann jedoch bei internationalen Verhältnissen die verschiedenartige juristische Ausgestaltung der beiden Gesellschaftstypen in den verschiedenen Rechtsbereichen bereiten (59).

1. Im Handelsregister eingetragene Kollektiv- und Kommanditgesellschaften

Der Eintrag ist am Sitz der Gesellschaft vorzunehmen (60). Da Kollektiv- und Kommanditgesellschaft das Prinzip der freien Sitzwahl fremd ist, hat dieser Eintrag mit dem tatsächlichen örtlichen Schwerpunkt des gesellschaftlichen Betriebes übereinzustimmen. Mit diesem Eintrag ist auch der Betreibungsort für Forderungen gegenüber der Gesellschaft gegeben.

Bei internationalen Verhältnissen kann es zur Bestimmung der „Nationalität“ der Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft – trotz der personengebundenen Gesellschaftsform – nicht auf die Staatsangehörigkeit der Gesellschafter ankommen (61).

56) Art. 552 Abs. 2 und 594 OR.

57) Art. 553 und 595 OR.

58) Sträuli/Messmer, N 2 zu § 27/28 ZPO; ZR 58 Nr. 68.

59) von Steiger, Gesellschaftsrecht, S. 489/90.

60) Art. 544 und 596 OR in Verbindung mit Art. 42 HRV.

61) v. Steiger, Staatsangehörigkeit, S. 30: „Denn wenn sich auch unter den Gesellschaftern Ausländer befinden, so wollten diese eben doch an einer inländischen Gesellschaft teilnehmen und bilden, in der Gesamtheit als die sich die Gesellschaft nach aussen darstellt, ein Glied des inländischen Wirtschaftskörpers“.

2. Nicht im Handelsregister eingetragene Kollektiv- und Kommanditgesellschaften

Hier bleibt der Sitz der Gesellschaft noch zu bestimmen. Es kommen die dabei schon bei der natürlichen Person zur Festlegung ihres Wohnsitzes gewonnenen Kriterien zur Anwendung. Der Sitz ergibt sich als Mittelpunkt des geschäftlichen Betriebes (62), dort, wo die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft als konzentriert gedacht sind (63). Staatsangehörigkeit und Wohnsitz der Gesellschafter fallen dabei als Anknüpfungskriterien ausser Betracht. Steht deshalb trotz internationalen Verflechtungen nach Anwendung der Inkorporationstheorie ein Sitz dieser Gesellschaft in der Schweiz fest, so bleibt kein Raum für eine Kautionsauflage.

Ergibt sich ein Sitz im Ausland, so bleibt zu überprüfen, inwieweit die Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft als Angehörige eines Vertragsstaates bezeichnet werden kann, der mit der Schweiz staatsvertraglich eine Kautionsbefreiung vorgesehen hat.

IV. DIE ZWEIGNIEDERLASSUNG

Eine gesetzmässige Umschreibung des Begriffes Zweigniederlassung fehlt (64). Gauch spricht von einer „abgezweigten, d.h. örtlich getrennten Niederlassung“ (65). Das Bundesgericht versteht unter einer Zweigniederlassung einen kaufmännischen Betrieb, „der zwar rechtlich Teil eines Hauptunternehmens ist, von dem der abhängt, der aber in eigenen Lokalitäten dauernd eine gleichartige Tätigkeit wie das Hauptunternehmen ausübt, und dabei eine gewisse wirtschaftliche und gesellschaftliche Selbständigkeit geniesst“ (66).

Vorliegend von Interesse sind nur die Zweigniederlassungen von Geschäften mit Sitz im Ausland i.S. von Art. 935 Abs. 2 OR.

62) Hartmann, N 14 zu Art. 554 OR.

63) Siegwart, N 27 zu Art. 626 OR.

64) Schumacher, S. 13.

65) Gauch, N 510.

66) BGE 79 I 71; vgl. dazu auch Gauch N 515 ff.

Zweigniederlassungen sind weder partei- noch prozessfähig, wobei die Kantone auch nicht befugt sind, davon abzuweichen (67). Eine Zweigniederlassung kann somit weder als Kläger noch als Beklagter in der Schweiz in einem Prozess auftreten (68), es ist dies dem parteifähigen Inhaber des Gesamtbetriebes und der Zweigniederlassung vorbehalten (69). Trotzdem begründet aber die Zweigniederlassung einen selbständigen Gerichtsstand für die in ihrem Betrieb entstandenen Verpflichtungen (70) und untersteht für derartige Forderungen der Betreibung (71).

Das Handelsgericht hat sich deshalb zu Recht mit der Frage auseinandergesetzt, ob unter diesen Umständen – selbständiger Gerichtsstand und Betreibungsort – der Zweigniederlassung einer reputierten amerikanischen Bank in Zürich eine Kautions i.S. von § 59 Ziff. 1 aZPO aufzuerlegen sei. Es hat dies bejaht. Wohl seien weder Gericht noch Gegenpartei zur Vollstreckung allfälliger Ansprüche auf eine Arrestnahme angewiesen, sondern kämen mit einer Betreibung der Zweigniederlassung in der Schweiz zum Ziel, es fehle aber notgedrungenermassen an einem aus dem Handelsregistereintrag ersichtlichen Haftungssubstrat (72).

67) Sträuli/Messmer, N 3 zu § 27/28 ZPO.

68) Gauch, N 1949.

69) Gauch, N 1954.

70) § 3 ZPO.

71) Schumacher, S. 98.

72) SJZ 69, S. 239.

Kapitel 4: Vorbehaltene Staatsverträge zur Kautionsbefreiung

I. VERFASSUNGSRECHTLICHE PROBLEMATIK

Im Rahmen der Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen überlässt Art. 64 Abs. 3 BV den Kantonen die Organisation der Gerichte, des gerichtlichen Verfahrens und der Rechtsprechung. Dessen ungeachtet werden vom Bund Staatsverträge, die in das Zivilprozessrecht der Kantone eingreifen, abgeschlossen (1). Der Bund stützt sich dabei auf die ihm in Art. 8 BV allein zustehende Kompetenz zum Abschluss von Staatsverträgen (2).

Dieser Kompetenzkonflikt gab Anlass zu umfangreichen Auseinandersetzungen. Die „Föderalisten“ sahen in Art. 8 BV lediglich eine Kompetenznorm des Bundes zur Führung von Verhandlungen für Staatsverträge (3). Die „Zentralisten“ hingegen leiteten aus Art. 8 BV für den Bund, ungeachtet der innerstaatlichen Kompetenzausscheidung, ein umfassendes Recht zum Abschluss von Staatsverträgen ab (4). Heute hat sich die zentralistische Auffassung durchgesetzt (5). Ungeachtet dogmatischer Bedenken lässt sich eine umfassende Kompetenz des Bundes zum Abschluss von Staatsverträgen allein schon aus praktischen Gründen nicht mehr weg-

-
- 1) so schon BGE 26 I 266 zum Geltungsbereich der iUeZPR 1896: „Durch die Eingehung der erwähnten Übereinkunft hat die Schweiz eine internationale Verpflichtung übernommen, welche sowohl die eidgenössischen als auch die kantonalen Behörden, die die Übereinkunft anzuwenden haben, in die Lage kommen, von Amtes wegen zu beachten haben. Es wird dadurch zwingendes öffentliches Recht geschaffen, durch das entgegenstehende Vorschriften der kantonalen (und eidgenössischen) Gesetze aufgehoben worden sind.“
 - 2) Art. 9 BV gewährt den Kantonen „ausnahmsweise“ das Recht zum Abschluss von Staatsverträgen über Gegenstände der Staatswirtschaft, des nachbarlichen Verkehrs und der Polizei.
 - 3) vor allem F. Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, S. 751 sowie derselbe in ZSR nF 25 S. 393 ff; E. Ruck, Schweizerisches Staatsrecht, 3. A., Zürich 1957, S. 324 ff; weitere Belegstellen bei Wildhaber, S. 310 Anm. 1
 - 4) W. Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3. A., Bern 1931, S. 81 ff; weitere Belegstellen bei Wildhaber, S. 311 Anm. 2
 - 5) M. Bridel, Précis de droit constitutionnel et public Suisse, Lausanne 1965, N 284–289; Fleiner/Giacometti, S. 811 ff; weitere Belegstellen bei L. Wildhaber, S. 312 Anm. 3 sowie neu VPB 1973 Nr. 32, insbes. S. 10 = SJIR 30 (1974) S. 114 ff.

denken. Zudem sind, was die sich mit der Unterzeichnung des iUeZPR ergebenden Diskrepanzen zwischen Angehörigen einzelner Kantone (6) betrifft, diese durch Abschluss eines Konkordates (7) behoben werden.

II. INTERNATIONALE ÜBEREINKOMMEN

1. Internationale Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht (iUeZPR)

a. Entstehung

Die ersten Impulse zu einer Vereinheitlichung des gesamten europäischen Privatrechts gingen in den 70er und 80er Jahren des letzten Jahrhunderts von den Königreichen der Niederlande und Italien aus (8) – allerdings ohne Wirkung. 1893 lud die niederländische königliche Regierung ein weiteres Mal zu einer Konferenz. Vom 12.–27. Jan. 1893 fand dann mit einer Beteiligung von 14 Nationen die 1. Tagung der Haager Konferenz für internationales Privatrecht statt, die sich mit Fragen des Ehe-, Vormundschafts- und Konkursrechtes befasste. Die zweite Tagung vom 23. Juni bis 13. Juli 1894 widmete sich darauf auch der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechtes (Mitteilung gerichtlicher Urkunden, Rogatorien und Requisitorien, Kostenvorschuss, Armenrecht und Personalhaft). Gestützt darauf unterzeichneten dann vorerst 8 Nationen (9) die erste Haager Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht mit dem an sich unzutreffenden Titel „Convention de droit internationale privé“ (10). Diese Übereinkunft wurde in der Schweiz von den einen in der Folge als Triumph der Rechtsentwicklung gefeiert, von den anderen als klägliches Machwerk verwünscht (11).

6) eindrücklich geschildert bei Lang, S. 145; Völki, S. 128 ff; Isler, S. 22.

7) BS 3 S. 652; ZG 6 S. 394; SR 273.2.

8) BBl 1895 II S. 107.

9) Belgien, Frankreich, Italien, Luxemburg, Niederlande, Portugal, Spanien und die Schweiz (nach AS 17 S. 179 und 181 ff).

10) genaueres bei Asser, La convention de La Haye du 14 novembre 1896, Den Haag 1901, S. 160 ff.

11) Lang, S. 144.

In der bundesrätlichen Botschaft (12) für diese Übereinkunft sind auch einige grundsätzliche Ausführungen zu den verschiedenen in Europa angewandten Kriterien zur Begründung der sogenannten „Ausländerkaution“ aufgeführt. Die „Ausländerkaution“ wurde dabei entweder von der Staatsangehörigkeit (13) (14), vom Wohnsitz (15), vom Vermögen (16) oder von der Gewährung des Gegenrechtes (17) abhängig gemacht. Der Botschaft ist des weitern zu entnehmen, dass dort, wo eine Kautionspflicht des Wohnsitzes wegen auferlegt wird, die durch die Übereinkunft vereinbarte Kautionsbefreiung das ganze Staatsgebiet zu erfassen hat (18). Schon am 7. Juli 1905 erfuhr die erste Übereinkunft gewisse Modifikationen (19) (20). Für die Kautionsbefreiung wurde dabei insbesondere klargestellt, dass diese sowohl Prozessentschädigung als auch Gerichtskosten erfasse (21).

-
- 12) BBl 1898 II S. 756 ff.
 - 13) so Frankreich und Belgien, der eigene Staatsangehörige wurde dabei ungeachtet seines Wohnsitzes kautionsfrei zu einem Prozess in seinem Heimatstaat zugelassen, im Gegensatz zu einem Nichtstaatsangehörigen, der auch noch mit einem Wohnsitz im Prozessstaat kautionspflichtig blieb.
 - 14) die generelle Befreiung von einer Sicherstellungspflicht für die eigenen Staatsangehörigen sieht auch der Entwurf zum neuen IPR-Gesetz in Art. 188 Abs. 2 vor („Von Schweizer Bürgern darf wegen Fehlen eines Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthaltes in der Schweiz keine Sicherstellung der Prozesskosten verlangt werden“), vgl. dazu F. Vischer/P. Volken, Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), Zürich 1978, S. 183. Eine derartige Privilegierung der eigenen Staatsangehörigen scheint mir jedoch vor dem Beweggrund für eine derartige Sicherstellung – gefährdete Beibringung der Prozesskosten – nicht bestehen zu können, denn dieses Inkasso ist beim Schweizer und beim Ausländer genau gleich gefährdet.
 - 15) Schweiz, Norwegen.
 - 16) Russland, Ägypten.
 - 17) BRD, Österreich.
 - 18) BBl 1898 II S. 767: „Wir dürfen und wollen nicht verhehlen, dass durch den Beitritt der Schweiz zur Übereinkunft vom Haag die Angehörigen der meisten ausländischen Staaten, die in den Fall kommen können, von ihrem auswärtigen Wohnsitz aus vor unseren Gerichten als Kläger aufzutreten, von einer Kautionslast befreit sein werden, welche nach der Mehrzahl unserer kantonalen Zivilprozessordnungen den ausserhalb der Kantonsgrenzen wohnenden Kantons- und Schweizerbürgern noch aufliegt. Das ist allerdings ein Rechtszustand, der dringend der Änderung bedarf“. Es kam deshalb schon bald zur Unterzeichnung des Konkordates betreffend die Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Prozesskosten (vgl. Anm. 6 und 7).
 - 19) AS 25 S. 418 ff; BBl 1908 VI S. 129 ff; SR 0.274.11.
 - 20) Meili/Mamelok, S. 327 ff; Bülow/Böckstiegel, A I 1, 100 · 4.
 - 21) Schurter/Fritzsche, S. 591; Lang, S. 147; BGE 61 I 136.

Eine weitere Abänderung erfolgte im Jahre 1954 (22) (23). Die für die Kautionsbefreiung massgebenden Artikel 17 – 19 iUeZPR blieben jedoch unverändert (24).

b. Wortlaut und Tragweite der Kautionsbefreiung nach Art. 17 iUeZPR

Unter dem Titel „III. Sicherheitsleistung für die Prozesskosten“ (25) folgen die nachstehend wiedergegebenen Bestimmungen:

„III. Sicherheitsleistung für die Prozesskosten

Art. 17

Treten Angehörige eines der Vertragsstaaten in einem andern dieser Staaten als Kläger oder Intervenienten vor Gericht auf, so darf, sofern sie in irgendeinem der Vertragsstaaten ihren Wohnsitz haben, ihnen wegen ihrer Eigenschaft als Ausländer oder deswegen, weil sie keinen Wohnsitz oder Aufenthalt im Inlande haben, eine Sicherheitsleistung oder Hinterlegung, unter welcher Benennung es auch sei, nicht auferlegt werden.

Die gleiche Regel findet Anwendung auf die Vorauszahlung, die von den Klägern oder Intervenienten zur Deckung der Gerichtskosten einzufordern wäre.

Die Abkommen, wodurch Vertragsstaaten für ihre Angehörigen ohne Rücksicht auf den Wohnsitz Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Prozesskosten oder von der Vorauszahlung der Gerichtskosten vereinbart haben, finden auch weiter Anwendung.

Art. 18

Entscheidungen, wodurch der Kläger oder Intervenient, der nach Artikel 17, Absatz 1 und 2, oder nach dem in dem Staate der Klagerhebung geltenden Rechte von der Sicherheitsleistung, Hinterlegung oder Vorauszahlung befreit worden war, in die Prozesskosten verurteilt wird, sind, wenn das Begehren auf diplomatischem Wege gestellt wird, in jedem der andern Vertragsstaaten durch die zuständige Behörde kostenfrei vollstreckbar zu erklären.

Die gleiche Regel findet Anwendung auf gerichtliche Entscheidungen, durch die der Betrag der Kosten des Prozesses später festgesetzt wird.

22) SR 0.274.12.

23) vgl. dazu M. Paschoud, La septième session de la conférence de La Haye de droit international privé, JdT 1952, S. 322 ff, insbes. S. 327 mit speziellem Hinweis auf die für Grossbritannien bei einem Beitritt entstehenden Probleme, weshalb neu ein Art. 32 eingeführt worden sei, wonach jeder Vertragsstaat den Geltungsbereich der Kautionsbefreiung auf die in seinem Hoheitsgebiet über einen gewöhnlichen Aufenthalt verfügenden Angehörigen eines der Vertragsstaaten beschränken könne. Grossbritannien ist jedoch bis heute der iUeZPR nicht beigetreten, zudem hat auch keiner der Vertragsstaaten diese Einschränkung für sich beansprucht (vgl. Bülow/Böckstiegel, A I 16 · 101 · 29, Anm. 146).

24) BGE 93 I 280

25) in der massgebenden französischen Originalfassung (RS 12 S. 253): „III. caution iudicatum solvi“; vgl. dazu vorn S. 7 f.

Die vorhergehenden Bestimmungen schliessen nicht aus, dass zwei Vertragsstaaten vereinbaren, auch der beteiligten Partei selbst zu gestatten, die Vollstreckbarerklärung zu beantragen.

Art. 19

Die Kostenentscheidungen werden ohne Anhörung der Parteien, jedoch unbeschadet eines späteren Rekurses der verurteilten Partei, gemäss der Gesetzgebung des Landes, wo die Vollstreckung betrieben wird, vollstreckbar erklärt.

Die zur Entscheidung über den Antrag auf Vollstreckbarerklärung zuständige Behörde hat ihre Prüfung darauf zu beschränken:

1. ob nach dem Gesetze des Landes, wo die Verurteilung erfolgt ist, die Ausfertigung der Entscheidung die für ihre Beweiskraft erforderlichen Voraussetzungen erfüllt;
2. ob nach demselben Gesetz die Entscheidung die Rechtskraft erlangt hat;
3. ob das Dispositiv der Entscheidung in der Sprache der ersuchten Behörde oder in der zwischen den beiden beteiligten Staaten vereinbarten Sprache abgefasst ist oder von einer Übersetzung in eine dieser Sprachen begleitet ist, die, vorbehältlich anderweitiger Übereinkunft, durch einen diplomatischen oder konsularischen Vertreter des ersuchenden Staates oder einem beeidigten Dolmetscher des ersuchten Staates beglaubigt sein muss.

Den Erfordernissen des Absatzes 2, Ziffer 1 und 2, wird genügt entweder durch eine Erklärung der zuständigen Behörde des ersuchenden Staates, dass die Entscheidung die Rechtskraft erlangt hat, oder durch die Vorlegung gehörig beglaubigter Urkunden, die dartun, dass die Entscheidung in Rechtskraft erwachsen ist. Die Zuständigkeit dieser Behörde ist, vorbehältlich anderweitiger Vereinbarung, durch den höchsten Justizverwaltungsbeamten des ersuchenden Staates zu bescheinigen. Die Erklärung und die Bescheinigung, die soeben erwähnt worden sind, müssen nach Vorschrift des Absatzes 2, Ziffer 3, abgefasst und übersetzt sein. Die zum Entscheid über den Antrag auf Vollstreckbarerklärung zuständige Behörde bestimmt, sofern die Partei dies gleichzeitig beantragt, die Höhe der in Absatz 2, Ziffer 3, erwähnten Bescheinigungs-, Übersetzungs- und Beglaubigungskosten. Diese Kosten gelten als Prozesskosten.”

Zum Geltungsbereich der Kautionsbefreiung nach Art. 17 iUeZPR sei auf die schon vorgenommenen Abgrenzungen verwiesen (26). Diese kommen auch im Rahmen der staatsvertraglich zugesicherten Befreiung von der Kautionspflicht zum Tragen. Eine klagende Partei kann sich deshalb nicht unter Hinweis auf die iUeZPR vom Vorschuss für Experten und Zeugeneinvernahmen befreien.

26) vgl. vorn S. 6 ff.

aa. Parteien

Die in Art. 17 iUeZPR vorgesehene Kautionsbefreiung erfasst die „Angehörigen eines der Vertragsstaaten, die in einem anderen Vertragsstaat als „Kläger oder Intervenienten“ vor Gericht auftreten und dabei ihren Wohnsitz in einem der Vertragsstaaten haben“.

Es muss also sowohl der Wohnsitz der klagenden Partei, als auch deren Staatsangehörigkeit einem der Vertragsstaaten zugeordnet werden können, nur dann kann die vorgesehene Kautionsbefreiung eintreten. Die Begriffe „Angehörige und Kläger oder Intervenienten“ werden dabei von der Praxis bewusst weit interpretiert (27).

aaa. Angehörige eines der Vertragsstaaten

Schon bei den Beratungen zur ersten iUeZPR wurde festgehalten, dass juristische Personen den natürlichen Personen gleichzustellen und ebenfalls als „Angehörige“ der Vertragsstaaten zu betrachten sind (28). Dies hatte das Bundesgericht jedoch verschiedentlich in Erinnerung zu rufen (29). Auch z.B. eine vom tschechoslowakischen Staat geschaffene Genossenschaft darf demnach diese Kautionsbefreiung für sich beanspruchen (30).

Während längerer Zeit war jedoch strittig, ob der als „Kläger oder Intervenient“ auftretende Staat sich selber auf die iUeZPR berufen kann. So verpflichtete das Obergericht die dem iUEZPR beigetretene Volksrepublik Rumänien, unter Hinweis auf die bei internationalen Verträgen erforderliche strenge Beachtung des vereinbarten Textes, wonach in der iUeZPR nur von „Angehörigen“ der Vertragsstaaten die Rede sei, zur Leistung einer Kautions nach § 59 Ziff. 1 aZPO (31).

27) BGE 43 I 99, insbesondere S. 103:

„Die nämlichen Erwägungen, welche hier bei Umgrenzung der gesetzlich vorgeschriebenen Kautionspflicht eine enge Interpretation des Wortes Klägers veranlasst haben, müssen folgerichtig bei Anwendung der internationalen Übereinkunft – entsprechend dem mit ihr verfolgten Zweck, jene Pflicht auch in dem bisher noch bestehenden Umfange zu beseitigen – umgekehrt zu einer möglichst weiten Auffassung führen, wenn anders man dem gedachten Zweck wirklich gerecht werden und nicht zu Konsequenzen kommen will, die ihm offensichtlich zuwiderlaufen.“ Vgl. dazu auch Brosset S. 4.

28) Actes de la Deuxième Conférence de La Haye de droit international privé 1894, S. 108.

29) BGE 77 I 48, 61 I 358, 58 I 307.

30) ZR 51 Nr. 149.

31) ZR 49 Nr. 113.

Nach Abweisung der Klage in erster Instanz wurde der Volksrepublik Rumänien für das Berufungsverfahren eine weitere Kaution auferlegt, was dem Obergericht Gelegenheit gab, sich mit den inzwischen erschienenen Werken von Schnitzer und Rietzler, die beide eine Kautionspflicht zulasten der als Kläger oder Interventionen auftretenden Vertragsstaaten verneinten (32), auseinanderzusetzen. Das Obergericht (1. Zivilkammer) sprach sich jedoch wiederum für eine Kautionsleistung aus (33). Die Materialiensammlungen zu den Haager Konferenzen von 1894 und 1904 enthielten keine entsprechenden Hinweise, wonach sich eine Kautionsbefreiung für einen Vertragsstaat selber rechtfertigen würde. Zudem sei die als notwendiges Korrelat zur Kautionsbefreiung erforderliche gesicherte Zwangsvollstreckung bei einem Staat als Prozesspartei nicht gegeben.

Zur selben Zeit stellte das Bundesgericht jedoch fest (34), auch der Vertragsstaat selber, soweit er als Träger von Privatrechten anderen Subjekten als gleich geordnete Partei entgegentrete, habe als Angehöriger im Sinne von Art. 17 iUeZPR zu gelten. Da der umfassende Entscheid des Obergerichtes zum selben Problem jedoch noch nicht publiziert war, unterblieb eine Auseinandersetzung mit dessen Argumenten (35). Nachdem darauf die 2. Zivilkammer des Obergerichtes über eine allfällige Kautionspflicht des ebenfalls als Kläger auftretenden Vertragsstaates der iUeZPR, Jugoslawien, zu befinden hatte und dabei der Auffassung des Bundesgerichtes zuneigte, hielt die 1. Zivilkammer auf entsprechende Anfrage an ihren bisherigen Entscheidungen nicht mehr fest (36). Die nun feststehende Praxis wurde später bestätigt (37). Mittlerweile hat das von der 1. Zivilkammer aufgeführte Argument – die ungewissen Vollstreckungsmöglichkeiten eines Urteiles gegenüber einem Staat selber – weiter an Gewicht verloren, da allgemein anerkannt ist, dass der Staat, insoweit er *jure gestionis* auftritt, der Vollstreckung unterliegt.

32) Rietzler S. 440; Schnitzer, 1. A., Bd. 2, S. 731.

33) ZR 50 Nr. 210 = SJZ 47 S. 157.

34) BGE 77 I 42.

35) Notiz zu SJZ 47 S. 248 sowie die im Anschluss zu ZR 50 Nr. 210 publizierte redaktionelle Bemerkung.

36) ZR 52 Nr. 150.

37) ZR 72 Nr. 14; VPB 38 Nr. 89.

Unter „Angehörigen“ im Sinne von Art. 17 iUeZPR sind somit natürliche sowie juristische Personen der Vertragsstaaten, von ihnen beherrschte Körperschaften sowie die Vertragsstaaten selber zu verstehen.

bbb. Kläger oder Intervenient

Auch in der Bestimmung der beiden Begriffe „Kläger und Intervenient“ war sich die Praxis vorerst uneinig. So wurde die Geltung von Art. 17 iUeZPR auch für den Rechtsmittelkläger zuerst verneint (38). Das Bundesgericht (39) stellte dann jedoch richtigerweise fest, dass die Stellung des Beklagten, der sich vor einem ihm fremden Gericht einlassen musste und nun im zweitinstanzlichen Verfahren als Kläger auftrat, nicht noch zusätzlich erschwert werden dürfe, wahre der als Rechtsmittelkläger auftretende Beklagte doch nur seine Verteidigerrechte. Zu weit ging dann allerdings die Begründung, dies ergebe sich aus der Tatsache, dass der Beklagte generell nicht mit einer Kautionspflicht belastet werden dürfe. Kurz darauf gab die einem aus der Schweiz wegziehenden Beklagten nach § 60 aZPO auferlegte Kautionspflicht dem Bundesgericht Gelegenheit zur Präzisierung obiger Ausführungen. Art 17 iUeZPR beziehe sich seinem Wortlaut nach nur auf die aktiv, im Sinne der Klägerrolle, auftretende Prozesspartei, wobei hiezu auch der Beklagte zu rechnen sei, soweit er sich durch Ergreifung eines Rechtsmittels ebenfalls „prozessualisch-aktiv“ betätige. Weiter präzisiert das Bundesgericht zu seinem vorherigen Entscheid:

„Unter diesen Umständen ist die (über den damaligen Streitpunkt hinausgehende) Erwägung des Urteils i.S. Aigner, dass die Logik der in Rede stehenden Übereinkunftsbestimmung zur Kautionsbefreiung auch des Beklagten schlechthin führe, nur de lege ferenda von Bedeutung, während die massgebende wirkliche Willensmeinung der Übereinkunft, dem § 60 ZPO zürch. ZPO nicht entgegensteht (40).“

38) ZR 18 Nr. 144, 16 Nr. 187.

39) BGE 43 I 99.

40) BGE 44 I 79.

Da jedoch das Obergericht wiederum einen Beklagten als Rechtsmittelkläger gestützt auf § 59 Ziff. 1 aZPO mit einer Kautionsbelastung (41), kam das Bundesgericht (42) noch einmal dazu, seine diesbezügliche Praxis zu festigen und dabei darauf hinzuweisen:

„Das Bundesgericht hat im Entscheid i.S. Aigner gegen Roedl vom 16. März 1917 (AS 43 I S. 101 ff.) ausgeführt, dass es mit Art. 17 der Haager Übereinkunft vom 17. Juli 1905 unvereinbar sei, einen Beklagten, der ein Rechtsmittel ergreift, nach § 59 zürch. ZPO deshalb zur Sicherheitsleistung für die Prozesskosten anzuhalten, weil er im Auslande wohnt. Und im Entscheid i.S. Delvaux gegen Epstein vom 20. Juni 1918 (AS 44 I S. 77 ff.) hat das Bundesgericht unter etwas einschränkender Motivierung, daran festgehalten, dass der Beklagte, der ein Rechtsmittel ergreift, gleich dem Kläger den Schutz des Art. 17 der Haager Übereinkunft geniesse. Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine wesentlich gleiche Sachlage wie im Fall Aigner, und es besteht kein genügender Grund, um den damals aufgestellten und im Entscheid Delvaux bestätigten Standpunkt aufzugeben. Allerdings wird der Beklagte dadurch, dass er einen Prozess vor die obere Instanz durch Berufung oder Beschwerde weiterzieht, prozessrechtlich nicht zum Kläger. Wenn ihn aber die nationale Gesetzgebung in Beziehung auf die Ausländerkautionspflicht wie einen Kläger behandelt, sobald er ein Rechtsmittel ergreift, so muss sich der Schutz, den der Staatsvertrag dem Kläger gewährt, notwendig auch auf ihn in seiner Stellung als „Rechtsmittelkläger“ erstrecken. Als Beklagter, als welcher er internationalrechtlich erscheint, kann ihm nach der nationalen Ordnung eine Kautionspflicht nicht auferlegt werden; behandelt ihn aber diese letztere als Kläger, um ihn so zur Kautionspflicht zu verhalten, so steht dem das internationale Recht entgegen; dieses hat die Wirkung, dass der beklagte Rechtsmittelkläger hinsichtlich der Kautionspflicht entweder als Beklagter behandelt oder von der Kautionspflicht entbunden werden muss (43).“

Zu einem späteren Zeitpunkt hat sich dann das Obergericht der bundesgerichtlichen Praxis angeschlossen (44), und diesen Entscheid zum Anlass einer umfassenden Auseinandersetzung mit seiner bisherigen Praxis in dieser Frage genommen.

41) ZR 32 Nr. 112.

42) BGE 45 I 380.

43) vgl. zu den eben behandelten drei Bundesgerichtsentscheiden auch die kritischen Ausführungen bei M. Kronauer, Die Auslegung von Staatsverträgen durch das Schweizerische Bundesgericht, Diss. Zürich 1972, S. 65 ff.

44) ZR 42 Nr. 53 lit. b.

Da der Beklagte als Rechtsmittelkläger bei fehlendem Wohnsitz grundsätzlich kautionspflichtig ist (45), und damit nicht mehr als Beklagter, sondern als Kläger behandelt wird, rechtfertigt es sich auch – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen – ihn in den Genuss von Art. 17 iUeZPR kommen zu lassen.

Jede aktiv in einem Prozess auftretende Partei darf deshalb die in Art. 17 iUeZPR vorgesehene Kautionsbefreiung für sich beanspruchen, solange für sie eine Kautionspflicht allein wegen mangelndem Wohnsitz in der Schweiz besteht.

*ccc. Schweizerbürger mit Wohnsitz in einem der Vertragsstaaten
(Anwendung des Konkordates betreffend die Befreiung von
der Sicherheitsleistung für die Prozesskosten)*

Dem Wortlaut von Art. 17 iUeZPR folgend kann sich nur der Angehörige eines der Vertragsstaaten, der in einem **andern** Vertragsstaat als Kläger oder Intervenient auftritt, auf die ihm zu gewährende Kautionsbefreiung berufen. Dem in einem der Vertragsstaaten wohnenden Schweizerbürger, der vor einem Schweizergericht als Kläger oder Intervenient auftritt, steht diese Kautionsbefreiung somit nicht zu (46). Für die iUeZPR bestand allerdings auch kein Anlass, die Kautionsbestimmungen der einzelnen Vertragsstaaten zu ihren eigenen Staatsbürgern zu regeln. Da jedoch die Schweiz – im Gegensatz zu Frankreich – keine grundsätzliche Kautionsbefreiung nur der schweizerischen Staatsbürgerschaft wegen kennt (47), brachte Art. 17 iUeZPR eine unerwünschte Schlechterstellung des Schweizerbürgers mit Wohnsitz in einem der Vertragsstaaten, gegenüber irgendeinem Angehörigen der Vertragsstaaten mit demselben Wohnsitz mit sich.

45) Sträuli/Messmer, N 5 zu § 73 ZPO; Guldener, Internationales Zivilprozessrecht, S. 16 Anm. 35; Brosset, S. 4/5.

46) Guldener, Internationales Zivilprozessrecht, S. 15 Anm. 34; Bülow/Bockstiegel, A 1b, 101.16 Anm. 73; Isler, S. 22; Völki, S. 127; BGE 104 Ia 325 E1, 80 II 94, 57 II 584.

47) vgl. vorn S. 31 Anm. 13 und 15.

Zur Abhilfe wurde am 10. Dezember 1901 das „Konkordat betreffend die Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Prozesskosten“ abgeschlossen, dem bis heute abgesehen von Appenzell Innerrhoden, Nidwalden, Freiburg, Obwalden, Uri und Wallis sämtliche Kantone beigetreten sind (48). Art. 1 und 2 des Konkordates lauten:

„Art. 1

Der Schweizerbürger, der als Partei oder Intervenient im Zivilprozess in einem der dem Konkordat beigetretenen Kantone vor Gericht auftritt, kann, wenn er in einem andern der dem Konkordat beigetretenen Kantone seinen Wohnsitz hat, deswegen, weil er in dem Kanton, in welchem der Prozess geführt wird, keinen Wohnsitz hat, zu keinerlei Kostenversicherung angehalten werden; ebenso darf das Verlangen, einen für die Prozesskosten haftenden Vertreter zu stellen, aus diesem Grunde nicht gegen eine solche Prozesspartei oder einen solchen Intervenienten gestellt werden.

Art. 2

Diese Vorschriften finden ebenfalls Anwendung auf Schweizerbürger, welche in einem auswärtigen Staate wohnen, der der internationalen Übereinkunft vom 14. November 1896 betreffend Zivilprozessrecht beigetreten ist, und welche in einem der dem Konkordat beigetretenen Kantone in einer der in Art. 1 bezeichneten Eigenschaften vor Gericht auftreten.“

Anzumerken ist dabei, dass sowohl in Art. 1 als auch in Art. 2 des Konkordates jeweils von „Partei oder Intervenient“ die Rede ist, und nicht nur vom Kläger und Intervenienten. Dies ist darauf zurückzuführen, dass unter Umständen auch der Beklagte zur Kautionsleistung angehalten wurde, so z.B. in § 60 aZPO bei Wegzug ins Ausland während der Prozessdauer. Art. 1 des Konkordates ist für Zürich ohne Belang (49), da ja nach § 73 Ziff. 1 ZPO nicht schon der ausserhalb des Kantonsgebietes (50) liegende Wohnsitz, sondern erst derjenige ausserhalb der Schweiz kautionsbegründend wirkt. Art. 1 des Konkordates ist demnach in Art. 73 Ziff. 1 ZPO verwirklicht, er war dies auch schon in § 59 Ziff. 1 a ZPO.

48) ZG 6 S. 394; AS 1978 S. 573; Isler S. 22 ff; Völki, S. 128 ff; sowie A. Weber, Die interkantonale Vereinbarung, eine Alternative zur Bundesgesetzgebung, Diss. Bern 1976, S. 58.

49) ZG 6 S. 394 Anm. 2; Sträuli/Messmer, N 7 zu § 73 ZPO.

50) Wie z.B. in Art. 74 AG-ZPO und § 44 BS-ZPO.

Nach Art. 2 des Konkordates, sind nun alle Schweizerbürger, die in einem der Vertragsstaaten der iUeZPR (51) Wohnsitz haben, von einer in ihrem Wohnsitz begründeten Kautionsleistung befreit.

Dasselbe muss auch für die Zürcher Bürger mit Wohnsitz in einem der iUeZPR-Vertragsstaaten gelten. Dazu hält Stauffer (52) in einer Anmerkung zu einem Entscheid des Obergerichtes (53) fest, dass das Konkordat – da es sich ja in diesem Fall lediglich um eine innerkantonale Beziehung handelt – nicht zur Anwendung kommen kann. Er weist aber mit Recht darauf hin, dass der Kanton Zürich seinen eigenen Kantonsbürgern dieselben Privilegien, wie den übrigen Schweizerbürgern zubilligen wolle, weshalb auch in diesem Fall der Zürcher Bürger, allerdings durch **analoge Anwendung** des Konkordates, von einer Kautionspflicht seines Wohnsitzes wegen zu befreien sei.

Wohl nimmt das Konkordat allein auf das iUeZPR Bezug, es sind jedoch einzelne Staatsverträge (54), die bezüglich der Kautionsbefreiung in materieller Hinsicht eine mit dem iUeZPR übereinstimmende Lösung gefunden haben, in der Anwendung des Konkordates dem iUeZPR gleichzusetzen (55). Der Zweck des Konkordates besteht ja darin, eine Schlechterstellung der Auslandschweizer gegenüber den Ausländern mit demselben Wohnsitz zu verhindern. Ob diese an sich ungewollte Privilegierung der Ausländer lediglich auf dem iUeZPR beruht, oder auf einen speziellen Staatsvertrag zurückzuführen ist, soll deshalb der Anwendung des Konkordates keinen Abbruch tun. Mit Recht wird in der Begründung dieser umfassenden Anwendung des Konkordates darauf hingewiesen, dass das notwendige Korrelat zur Kautionsbefreiung, nämlich die gesicherte, unmittelbare Vollstreckung des Kostenentscheides, nicht nur für den Ausländer in seinem Heimatstaat, sondern auch für den Auslandschweizer mit Wohnsitz in demselben Staat besteht, weshalb eine analoge Anwendung des Konkordates auch auf Staatsverträge, die in materieller Hinsicht die Kautionsbefreiung entsprechend dem iUeZPR regeln, gerechtfertigt ist.

51) trotz der wörtlichen Erwähnung von iUeZPR 1905 gilt das Konkordat auch für die Fassung von 1954.

52) ZBJV 62 (1925) S. 38; bestätigt in BGE 90 II 144.

53) ZR 24 Nr. 20.

54) vgl. hinten S. 63 ff.

55) so ZR 51 Nr. 150 = SJZ 48 S. 11 für einen Auslandschweizer mit Wohnsitz in der Türkei, der sich auf den mit der Türkei bestehenden Vertrag über den Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen vom 1. Juni 1933 (AS 51 S. 511) berufen konnte (vgl. hinten S. 63).

Dieses Argument hat auch das Bundesgericht aufgenommen, als es über die Kautionspflicht eines Auslandschweizers mit Wohnsitz in der BRD – allerdings in einem Verfahren vor Bundesgericht selber – zu befinden hatte (56).

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der Schweizerbürger mit Wohnsitz im Ausland, seines Wohnsitzes wegen nur dann zu einer Kautionsleistung nach § 73 Ziff. 1 ZPO angehalten werden kann, wenn sein Wohnsitzstaat weder dem iUeZPR beigetreten ist, noch sonst ein Abkommen abgeschlossen hat, das dem iUeZPR in der Vollstreckbarkeit des Kostenentscheides gleichsteht.

bb. Verfahrensart

Das iUeZPR kommt in allen Verfahrensarten zum Zuge. Zu beachten ist jedoch, dass immer der nicht in der Schweiz gelegene Wohnsitz als Kautionsgrund gegeben sein muss. So ist es insbesondere verfehlt, wenn sich ein Arrestnehmer mit Sitz in der Tschechoslowakei nach Arrestnahme in der Schweiz gegen eine von der Gegenpartei verlangte Arrestkaution unter Hinweis auf die für die Tschechoslowakei und die Schweiz geltende iUeZPR wersetzt. Denn die sogenannte Arrestkaution nach Art. 273 Abs. 1 SchKG ist nicht eine Prozesskaution, die einer als Kläger oder Intervenientin in einem Zivilprozess auftretenden Partei wegen fehlendem Wohnsitz auferlegt wird (57). Wie das BGer. festhält (58), trifft die Arrestkaution nach Art. 273 Abs. 1 SchKG viel mehr jeden Arrestnehmer, d.h. Inländer und Ausländer ungeachtet ihres Wohnsitzes, so dass eine Berufung auf Art. 17 iUeZPR, der lediglich eine Schlechterstellung der nicht im Prozessstaat wohnhaften Partei vermeiden will, nicht durchschlägt. Eine Berufung auf den besagten Artikel der iUeZPR wäre nur dann gerechtfertigt, wenn

56) BGE 90 II 144. Da nach Art. 150 Abs. 2 OG die Auferlegung einer Kautionspflicht für die Prozessentschädigung der Gegenpartei im freien richterlichen Ermessen liegt, hatte das Bundesgericht über das Kautionsbegehren der Gegenpartei nach Recht und Billigkeit zu entscheiden. Es führte dazu aus:
„Unter diesem Gesichtspunkt hat das Postulat der Rechtsgleichheit eine besondere Bedeutung, und es ist gerechtfertigt, einen Schweizer Bürger mit Wohnsitz in einem der iUeZPR beigetretenen Staaten wenigstens dann von einer Sicherstellungspflicht zu befreien, wenn die Parteientschädigung, welche die andere Partei gesichert sehen will, nicht als stärker gefährdet erscheint, als es gegenüber dem Angehörigen eines andern Vertragsstaates . . . wäre”.

57) Meier, S. 49; ZR 33 Nr. 5, 27 Nr. 34.

58) BGE 93 I 278.

dem Arrestnehmer im Hinblick auf einen allfälligen Arrestprosequierungsprozess – wo er ja als Kläger aufzutreten hätte – und die damit verbundenen Gerichts- und Prozesskosten eine höhere Arrestkaution auferlegt worden wäre, als einer in der Schweiz ansässigen Partei.

Ebenso unangebracht ist die Berufung auf die iUeZPR im Rahmen eines Schiedsgerichtsverfahrens (59). Im iUeZPR werden nur Kostenentscheidungen ordentlicher Gerichte als vollstreckbar erklärt (60), es kann deshalb die Kautionsbefreiung sich auch nur für das Verfahren vor ordentlichen Gerichten beziehen.

c. Abgrenzung des iUeZPR gegenüber den Vollstreckungsabkommen

Die unmittelbare Vollstreckbarkeit des Kostenentscheides (Art. 18 und 19 iUeZPR) ist das Korrelat zur Kautionsbefreiung (Art. 17 iUeZPR) (61). Art. 19 regelt die Vollstreckung. Der über die Vollstreckbarkeit entscheidenden Behörde steht dabei nur ein beschränktes Überprüfungsrecht zu. Es umfasst lediglich die Überprüfung:

- „a) Ob eine beweiskräftige Ausfertigung der Entscheidung des Urteilgerichtes vorliegt,
- b) ob die Entscheidung nach dem Recht des Urteilgerichtes in Rechtskraft erwachsen ist,
- c) ob die erforderliche Übersetzung vorliegt.“

Diese Aufzählung der für die Vollstreckungsbehörde bestehenden Überprüfungs-kompetenz ist abschliessend. Insbesondere ist keine spezielle Vollstreckbarerklärung der Kostenentscheidung nötig (62). Damit ist auch eine Überprüfung des zu

59) SJZ 54 S. 92 lit. d.

60) Die Vollstreckbarkeit von Schiedsgerichtsurteilen ist Thema einer gesonderten Übereinkunft, der sog. New Yorker Übereinkunft vom 10. Juni 1958 (SR 0.277.12).

61) so schon BB1 1898 S. 766, wo darauf hingewiesen wird, dass die Schweizer Delegation das Erfordernis der gesicherten Vollstreckung durch Wohnsitz in einem der Vertragsstaaten einbrachte. Vgl. dazu auch Völki, S. 126; Isler, S. 19; BGE 61 I 113.

62) Guldener, Internationales Zivilprozessrecht, S. 159.

vollstreckenden Kostenentscheides auf einen Verstoß gegen den ordre public des Vollstreckungsstaates ausgeschlossen (63). Die der Vollstreckungsbehörde zustehende Überprüfungscompetenz umfasst deshalb lediglich die drei oben aufgeführten formellen Kriterien (64).

Allerdings hat das Bundesgericht in einem neueren Entscheid (65) auf die Lehrmeinung (66) hingewiesen – ohne diese allerdings zu unterstützen – wonach der Einwand, der zu vollstreckende Entscheid verstoße gegen den ordre public des Vollstreckungsstaates, schlechterdings gegen jeden Staatsvertrag, ungeachtet dessen Wortlaut, erhoben werden könne. Ein Kostenentscheid wäre deshalb gemäss Art. 19 iUeZPR nur zu vollstrecken, sofern das Haupturteil seines Inhaltes wegen nicht gegen den ordre public des Vollstreckungsstaates verstösst. Eine derartige Ansicht ist jedoch mit dem Sinn der Art. 17-19 iUeZPR nicht in Einklang zu bringen. Wenn schon der Kläger oder Intervenient in einem fremden Staat zuerst privilegiert und von einer Kautionsauflage befreit wird, so würde die ihm offen stehende Einrede, der gegen ihn zu vollstreckende Entscheid verstoße gegen den ordre public seines Wohnsitzstaates, eine zweite Privilegierung darstellen, die dem zwischen Art. 17 einerseits und den Art. 18 und 19 iUeZPR andererseits bestehenden Gleichgewichtes zuwiderliefe. Dies geht auch aus dem im erwähnten Bundesgerichtsentscheid abgedruckten Zitat der 1. Kommission über die Revision der iUeZPR hervor (67).

63) Guldener, Internationales Zivilprozessrecht, S. 160; umfassend dazu auch SJZ 36 S. 12; a.M. Vischer, S. 531 ff; Bülow/Bockstiegel, A I 1, 100.32, Anm. 142.

64) BGE 49 I 193.

65) BGE 94 I 358.

66) so Bülow/Bockstiegel, A I 1, 100.32 Anm. 142; J.P. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, Paris 1949, Bd. VI/2, S. 306, Nr. 2159.

67) Actes de la IV^e Conférence de La Haye, 16 mai–7 juin 1904, S. 97: „L'exequatur doit être obtenu rapidement. Le plus souvent ce sera une pure formalité. Les difficultés qui se présentent ordinairement pour l'exécution des jugements étrangers, même entre pays liés par une Convention, ont trait à la compétence du Tribunal dont on veut exécuter la décision et aussi à l'ordre public. Elles sont écartées ici, puisque, d'une part, c'est la personne contre laquelle on veut exécuter qui avait saisi le Tribunal étranger, et que, d'autre part, il s'agit uniquement des frais, la question principale restant absolument en dehors.”

Das iUeZPR unterscheidet sich somit von den zwischen der Schweiz und einigen Staaten abgeschlossenen Vollstreckungsabkommen (68) durch den Ausschluss der Einrede, der zu vollstreckende Entscheid verstosse gegen den *ordre public*, und limitiert den Vollstreckungsstaat auf drei formelle Überprüfungskriterien (69).

Immer zu beachten ist dabei aber, dass ja nur der Kläger oder Intervenient in den Genuss der Kautionsbefreiung kommt, und demnach auch nur die sich aktiv in einem fremden Staat in einen Prozess einführende Partei dieser rigorosen Vollstreckung für die gesamten Prozesskosten untersteht. Dem Beklagten, der sich seines heimatlichen Gerichtsschutzes begeben musste oder sich sogar überraschend mit einem Säumnisurteil konfrontiert sieht, stehen auch für die Vollstreckung der Kostenentscheidung die üblichen Einreden zu (nicht ordnungsgemässe Vorladung, mangelnde Zuständigkeit des urteilenden Gerichtes, Verstoss gegen den *ordre public* etc.) (70).

68) so z.B. Österreich (SR 0.276.191.632), Bundesrepublik Deutschland (SR 0.276.191.361), Liechtenstein (SR 0.276.195.141).

69) Dies geht auch aus dem Vollstreckungsabkommen mit Österreich in Art. 1 Ziff. 1–4 hervor, wo dem Vollstreckungsstaat die Kompetenz eingeräumt wird, bei dem zu vollstreckenden Entscheid die Zuständigkeit des Gerichtes, die Rechtskraft, die ordentliche Vorladung und die Übereinstimmung des Entscheides mit dem eigenen *ordre public* zu überprüfen. Art. 12 Abs. 2 hält dann aber bezüglich der Kostenentscheidungen nach Art. 18 Abs. 1 und 2 iUeZPR ausdrücklich fest, dass diese durch ein unmittelbar zu stellendes Begehren zu vollstrecken sind, so dass eine Überprüfung der Voraussetzungen nach Art. 1 Ziff. 1–4 des Vollstreckungsabkommens ausgeschaltet wird.

70) Guldener, Internationales Zivilprozessrecht, S. 160.

d. Beteiligte Nationen

aa. iUeZPR 1954 und 1905

Sowohl der iUeZPR 1905 als auch der iUeZPR 1954 sind die nachfolgenden Staaten beigetreten; für sie hat jedoch nur noch die iUeZPR 1954 Geltung (71):

Belgien	AS	1958	S. 280
BRD	AS	1959	S. 1329
Dänemark	AS	1958	S. 1044
Finnland	AS	1957	S. 476
Frankreich	AS	1959	S. 542
– inkl. Überseegebiete –	AS	1960	S. 1572
	AS	1964	S. 282
	AS	1968	S. 1722
Israel	AS	1968	S. 1722
Italien	AS	1957	S. 476
Jugoslawien	AS	1964	S. 282
Luxemburg	AS	1957	S. 476
Niederlande	AS	1959	S. 542
– inkl. Überseegebiete –	AS	1968	S. 1722
Norwegen	AS	1958	S. 334
Österreich	AS	1957	S. 476
Polen	AS	1964	S. 282
Portugal	AS	1967	S. 1144
– inkl. Überseegebiete –	AS	1968	S. 1722
Rumänien	AS	1972	S. 2769
Schweden	AS	1958	S. 126
Schweiz	AS	1957	S. 465
Spanien	AS	1964	S. 282
Tschechoslowakei	AS	1966	S. 972
UdSSR (72)	AS	1967	S. 1076
Ungarn	AS	1966	S. 420

bb. iUeZPR 1905

Nur der iUeZPR 1905 beigetreten sind:

DDR	und	AS	1909	S. 258
(73)		AS	1974	S. 1389
Island		AS	1974	S. 1389
Estland		AS	1926	S. 109

71) Art. 29 iUeZPR 1954 hält ausdrücklich fest, dass diese Übereinkunft für die sie ratifizierenden Staaten anstelle von iUeZPR 1905 tritt, deshalb ungenau AS 1974 S. 1389; sowie auch BGE 102 Ia 312, wo ausgeführt wird, für die Schweiz und die BRD seien noch beide Übereinkommen in Kraft. (Nun korrigiert in SR 0.274.11).

72) Kündigung des iUeZPR 1905 in AS 1942 S. 487.

73) Wiederanwendungserklärung.

cc. *iUeZPR 1954*

Nur der iUeZPR 1954 beigetreten sind:

Japan	AS	1971	S. 709
Libanon	AS	1977	S. 40
Marokko	AS	1972	S. 2769
Türkei	AS	1973	S. 2251
Vatikan	AS	1968	S. 1767

Verschiedene Staaten haben Vorbehalte und Erklärungen angebracht (74), sie sind jedoch für die vorliegende Arbeit ohne Belang.

Der Vollständigkeit halber ist auch noch darauf hinzuweisen, dass die Schweiz mit verschiedenen Vertragsstaaten ergänzende Abkommen oder einen sog. Notenaustausch über die Anwendung der iUeZPR, insbesondere bezüglich der Vollstreckung, getroffen hat (75). Die dortigen Regelungen sind jedoch lediglich organisatorischer Natur, so dass sich eine weitere Auseinandersetzung mit ihnen erübrigt.

2. Internationale Übereinkunft über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (iUeRF)

Das iUeZPR stellt für die in Art. 17 vorgesehene Kautionsbefreiung auf die Staatsangehörigkeit des Klägers oder Intervenienten zu einem der Vertragsstaaten, sowie auf den Wohnsitz in ebenfalls einem der Vertragsstaaten ab. Ein Flüchtling kann nun zwar Wohnsitz in einem Vertragsstaat haben, aber notgedrungenermassen nicht auch noch dessen Staatsangehörigkeit. Das iUeZPR kann deshalb für ihn keine Wirkung entfalten. Diese an sich unerwünschte Schlechterstellung wurde durch das Abkommen über die Rechtstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, dem die Schweiz am 14. Dezember 1954 beigetreten ist, behoben (76).

a. Der Begriff „Flüchtling“

Eine allgemein anerkannte Definition des Begriffes „Flüchtling“ fehlt bis heute (77). Das iUeRF versucht deshalb in einer über zweiseitigen Bestimmung, diesen

74) AS 1968 S. 1723; SR 0.274.12.

75) So mit Österreich (SR 0.274.181.631), Polen (SR 0.274.186.491) und der Tschechoslowakei (SR 0.274.187.411).

76) SR 0.142.30; BGE 83 I 16 weist jedoch auf die mangelhafte Übersetzung des massgebenden französischen Originaltextes hin.

77) W. Eckert, Begriff und Grundzüge des schweizerischen Flüchtlingsrechtes, Diss. Zürich 1977, S. 18.

Begriff zu umschreiben (78). Die damit verbundenen Schwierigkeiten, insbesondere bezüglich des Stichtages (79), sind durch Unterzeichnung des Protokolles vom 31. Januar 1967 (80) über die Rechtsstellung der Flüchtlinge wenigstens teilweise beseitigt worden, denn der an und für sich willkürliche Stichtag wurde damit ausgeschaltet.

b. Wortlaut und Tragweite der Kautionsbefreiung nach Art. 16 iUeRF

Art. 16 iUeRF bestimmt unter dem Titel „Zutritt zu den Gerichten“ folgendes:

- „1. Flüchtlinge haben auf dem Gebiete der vertragschliessenden Staaten freien Zutritt zu den Gerichten.
2. Flüchtlingen wird im Wohnsitzstaat hinsichtlich der Zulassung vor Gericht, einschliesslich des Armenrechts und der Befreiung von der *cautio judicatum solvi*, die gleiche Behandlung zuteil wie den Angehörigen dieses Staates.
3. In den vertragschliessenden Staaten, in denen ein Flüchtling nicht seinen ordentlichen Aufenthalt hat, geniesst er mit Bezug auf die in Ziffer 2 erwähnten Rechte die gleiche Behandlung wie ein Angehöriger des Landes, in dem er seinen ordentlichen Aufenthalt hat.”

Art. 16 Ziff. 1 iUeRF umschreibt ein allgemeines Verfahrensgebot, das z.B. auch in Art. 16 EMRK und auch in Art. 4 BV enthalten ist (81), aber nicht eine generelle Kautionsbefreiung zugunsten der Flüchtlinge mit sich bringt. Es soll damit lediglich angedeutet werden, dass dem Flüchtling in den Vertragsstaaten der Rechtsweg generell offen steht.

78) Vgl. Art. 1 lit. A–F iUeRF. Als Flüchtling gilt nach Art. 1 lit. A. Ziff. 2 grundsätzlich jede Person: „die sich auf Grund von Ereignissen, die vor dem 1.1.1951 eingetreten sind, und aus begründeter Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung ausserhalb ihres Heimatlandes befindet und dessen Schutz nicht beanspruchen kann oder wegen dieser Befürchtung nicht beanspruchen will”.

79) Art. 1 lit. A Ziff. 2 und lit B Ziff 1 iUeRF; vgl. dazu Vischer, S. 542; BGE 93 II 354 E 4, 83 I 20 E 3; ZR 62 Nr. 45.

80) SR 0.142.301.

81) Eckert, a.a.O., S. 112.

Art. 16 Ziff. 2 iUeRF stipuliert dann bezüglich der *cautio judicatum solvi* die Pflicht zur Gleichbehandlung der Flüchtlinge mit den Angehörigen seines Wohnsitzstaates. Auch diese Regelung bringt den Flüchtlingen somit keine generelle Kautionsbefreiung. Der Flüchtling ist dann von einer Kautionsleistung i.S. von § 73 Ziff. 1 ZPO befreit, wenn sein Wohnsitz in einem der Staaten liegt, die mit der Schweiz staatsvertraglich eine Kautionsbefreiung vorgesehen haben. Der alleinige Beitritt zum iUeRF vermag somit diese Kautionsbefreiung noch nicht zu begründen.

c. Beteiligte Nationen

Aus dem eben gesagten ergibt sich auch, dass hier nur diejenigen Vertragsstaaten des iUeRF aufzuführen sind, die schon für ihre eigenen Staatsangehörigen mit der Schweiz eine staatsvertragliche Befreiung von der Kautionspflicht vorgesehen haben. Es sind dies die folgenden (82):

aa. iUeZPR 1954 und 1905 (83)

Belgien	Luxemburg
BRD	Niederlande
Dänemark	Norwegen
Finnland	Österreich
Frankreich	Portugal
Israel	Schweden
Italien	
Jugoslawien	

bb. nur iUeZPR 1905

Island

cc. nur iUeZPR 1954

Marokko
Türkei
Vatikan

dd. bilaterale Staatsverträge

Griechenland (84)
Grossbritannien (85)

82) Nach AS 1976 S. 2850, wobei diese Staaten alle sowohl das Übereinkommen selber als auch das den Anwendungsbereich erweiternde Protokoll vom 31. Januar 1967 unterzeichnet haben.

83) vgl. vorn S. 45 Anm. 71.

84) vgl. hinten S. 63.

85) vgl. hinten S. 63 ff.

3. Internationale Übereinkunft über die Rechtsstellung von Staatenlosen (iUeRS)

a. Tragweite der Kautionsbefreiung nach Art. 16 iUeRS

Die Frage, inwieweit auch Staatenlose in den Genuss des iUeRF kommen können, ist gegenstandslos geworden, seit nun eine Übereinkunft über die Rechtsstellung von Staatenlosen vom 28. September 1954 vorliegt (86). Als staatenlos ist nach Art. 1 iUeRS zu bezeichnen, wer von keinem Staat als Angehöriger betrachtet wird und nicht den besonderen Schutz als Flüchtling geniesst. Art. 16 iUeRS ist mit demselben Artikel der iUeRF identisch, es kann deshalb auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen werden (87).

b. Beteiligte Nationen (88)

aa. iUeZPR 1954 und 1905 (89)

Belgien	Italien
BRD	Jugoslawien
Dänemark	Luxemburg
Finnland	Norwegen
Frankreich	Schweden
Israel	Schweiz

bb. nur iUeZPR 1905

—

cc. nur iUeZPR 1954

—

dd. bilaterale Staatsverträge

Griechenland (90)
Grossbritannien (91)

86) Dem die Schweiz am 1. Oktober 1972 beigetreten ist (SR 0.142.40).

87) vorn S. 47. Vgl. dazu auch Y. Burckhardt-Erne, Die Rechtsstellung der Staatenlosen im Völkerrecht und schweizerischen Landrecht, Diss. Bern, 1977. S. 42.

88) SR 0.142.40 S. 22.

89) Vgl. vorn Anm. 71.

90) Vgl. hinten S. 63.

91) Vgl. hinten S. 63 ff.

4. New Yorker Übereinkommen über die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen im Ausland (iUeGU)

Dieses Übereinkommen datiert vom 20. Juni 1956; für die Schweiz ist es in Kraft seit 4. November 1977 (92).

a. Abgrenzung des iUeGU von den Haager Übereinkommen

Ein Haager Übereinkommen befasst sich mit dem für die Unterhaltsverpflichtung gegenüber dem Kind anwendbaren Recht (93), ein anderes Haager Übereinkommen regelt die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern (94). Diese beiden Haager Übereinkommen wurden kürzlich erweitert, indem sowohl das Unterhalts- als auch das Vollstreckungsabkommen auf die familienrechtliche Unterhaltspflicht schlechthin ausgedehnt wurde (95). Das Unterhaltsabkommen regelt die Frage nach dem anzuwendenden Recht; verfahrensrechtliche Bestimmungen, insbesondere bezüglich einer Kautionsbefreiung, sind darin nicht enthalten. Vollstreckungsabkommen werden nach der eingangs vorgenommenen Abgrenzung vom Arbeitsthema nicht mehr erfasst (96). Eine weitere Auseinandersetzung mit den Haager Abkommen kann deshalb unterbleiben.

Das iUeGU (97) unterscheidet sich deutlich von den beiden Haager Übereinkommen, denn es enthält weder Bestimmungen über das anzuwendende Recht, noch über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen. Das iUeGU versucht vielmehr, im Sinne einer internationalen Verwaltungshilfe, die administrative Zusammenarbeit zwischen amtlichen und privaten Hilfsstellen zugunsten der Unterhaltsberechtigten zu regeln (98). Zu diesem Zweck haben die Vertragsstaaten

92) SR 0.274.15

93) datiert vom 24. Oktober 1952 (SR 0.211.221.431).

94) datiert vom 15. April 1958 (SR 0.211.221.432).

95) SR 0.211.213.01 resp. 0.211.213.02.

96) Vgl. vorn S. 2.

97) zur Entstehungsgeschichte des iUeGU vgl. Volken S. 147 und dortige Zitate, sowie Bülow/Arnold, A III 3a, 271·1–4.

98) W. v. Steiger, Der Schutz des Kindes im internationalen Privatrecht der Neuzeit, in Festschrift der Vereinigung schweizerischer Amtsvormünder, Zürich 1963, S. 121 ff, insbes. S. 125; F. Kellerhals, Die Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen in den USA, Diss. Bern, 1970, S. 134/35.

Vermittlungs- und Empfangsstellen (99) zu bezeichnen, die den Unterhaltsberechtigten (im Übereinkommen „Gläubiger“ genannt) behilflich sind, die zur Durchsetzung seines Anspruchs erforderlichen Unterlagen zusammenzustellen. Anspruchsberechtigung dazu verleihen sämtliche auf gesetzlicher Grundlage beruhenden Unterhaltsansprüche (100). Die Nationalität des Anspruchsberechtigten ist dabei ohne Belang. Der Berechtigte hat sich lediglich nach Art. 1 der iUeGU in einem der Vertragsstaaten „zu befinden“. Nach Zustellung der Unterlagen des Anspruchsberechtigten hat die Empfangsstelle alle zur Geltendmachung des Unterhaltsanspruches geeigneten Schritte (101) zu unternehmen. Vorerst soll dabei eine gütliche Einigung angestrebt werden. Ist dies jedoch nicht möglich, so erhebt die Empfangsstelle eine Unterhaltsklage (102) im Namen des Berechtigten.

b. Wortlaut und Tragweite der Kautionsbefreiung nach Art. 9 iUeGU

Der unter dem Titel: „Befreiungen und Erleichterungen“ stehende Artikel 9 hat folgenden Wortlaut:

- „1. In Verfahren nach diesem Übereinkommen geniessen die Gläubiger die gleiche Behandlung und dieselben Befreiungen von der Zahlung von Kosten und Gebühren wie die Bewohner oder Staatsangehörigen des Staates, in dem die Klage eingereicht wird.
2. Die Gläubiger sind nicht verpflichtet, wegen ihrer Eigenschaft als Ausländer oder wegen Fehlens eines inländischen Aufenthalts als Sicherheit für die Prozesskosten oder andere Zwecke eine Garantieerklärung beizubringen oder eine Zahlung oder Hinterlegung vorzunehmen.
3. Die Übermittlungs- und Empfangsstellen erheben für ihre Tätigkeit, die sie auf Grund dieses Übereinkommens leisten, keine Gebühren.“

99) Art. 2 spricht im Originaltext von „Transmitting and Receiving Agencies“. Für die Schweiz sind dafür nach BBl 1975 I S. 1571/72 die Vormundschaftsbehörden sowie Vertrauensanwälte vorgesehen. Ein ähnliches System wurde neu in einem die iUeZPR ergänzenden europäischen Übereinkommen über die Übermittlung von Gesuchen um unentgeltliche Prozessführung von 1977 angewandt. Auch hier soll eine zentrale Behörde den nicht in seinem Wohnsitzstaat um unentgeltliche Prozessführung Ersuchenden mit allen Angaben über die von der Behörde des Prozessstaates gestellten Bedingungen behilflich sein. Die Schweiz sieht jedoch einstweilen von einem Beitritt ab, da sich die in der iUeZPR getroffene Regelung bewährt habe (BBl 1977 III S. 911/12).

100) Bülow/Arnold, A III 3a, 271·8, Anm. 26 und 27; Kellerhals, a.a.O., S. 134.

101) Art. 6 Ziff. 1 iUeGU

102) Dies allerdings nur als ultima ratio, vgl. Bülow/Arnold, A III 3a, 271·21, Anm. 73 und 75.

Diese Kautionsbefreiung unterscheidet sich in zweifacher Hinsicht von den bisher behandelten Übereinkommen. So wird für den Anspruchsberechtigten kein Wohnsitz in einem der Vertragsstaaten gefordert, er hat sich lediglich im Sinne von Art. 1 iUeGU dort zu befinden. Zudem enthält das Übereinkommen keine Bestimmungen, die die Vollstreckung von Kostenentscheidungen regeln würden. Bei Abweisung der Klage des vermeintlich Unterhaltsberechtigten werden somit das Gericht und die obsiegende Partei auf den ordentlichen Vollstreckungsweg verwiesen. Dieser Einbruch der Kautionsystematik (Wohnsitz in einem Vertragsstaat und – damit verbunden – unmittelbare Vollstreckung des Kostenentscheidungs im Wohnsitzstaat) lässt sich jedoch mit den in der Präambel des Übereinkommens aufgeführten Gründen rechtfertigen. Die Präambel weist nämlich auf die mit den Unterhaltsansprüchen verbundenen humanitären Probleme und „die schwerwiegenden rechtlichen und praktischen Schwierigkeiten“ bei Geltendmachung und Vollstreckung derselben hin.

c. Beteiligte Nationen

Da es auf eine Zugehörigkeit zu einem der Vertragsstaaten nicht ankommen kann, sondern der Beitritt zu diesem Übereinkommen die Schweiz generell verpflichtet, Unterhaltsklagen kautionsfrei zuzulassen, bedarf es eigentlich keiner Auflistung der an dieser Übereinkunft beteiligten Nationen. Es sei dies hier lediglich der Vollständigkeit halber getan (Stand 4. November 1977):

Algerien	Monaco
Argentinien	Niederlande
Barbados	Niger
Belgien	Norwegen
Brasilien	Obervolta
BRD	Österreich
Chile	Pakistan
China (Taiwan)	Philippinen
Dänemark	Polen
Ecuador	Portugal
Finnland	Schweden
Frankreich	Schweiz
Griechenland	Spanien
Grossbritannien	Sri Lanka
Guatemala	Tschechoslowakei
Haiti	Tunesien
Israel	Türkei
Italien	Ungarn
Jugoslawien	Vatikanstadt
Luxemburg	Zentralafrikanische Republik
Marokko	

5. Internationales Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr (CIM) und über den Eisenbahnpersonen- und Gepäckverkehr (CIV)

Beide Übereinkommen datieren vom 7. Februar 1970 und stellen eine Neubearbeitung älterer Übereinkommen dar (103).

a. Wesen und Geltungsbereich der beiden Übereinkommen

Im Gegensatz zu den bisherigen Übereinkommen, die sich lediglich auf verfahrensrechtliche Vereinheitlichungen beschränkten und sich für materiellrechtliche Fragen mit einer Verweisung auf innerstaatliches Recht begnügten, ordnen diese beiden Übereinkommen mit ihren zahlreichen Bestimmungen über die Erfüllung, die Folgen bei Nicht- und Schlechterfüllung, Verzug etc. ein internationales Vertragsverhältnis auch in materiellrechtlicher Hinsicht (104).

Die jeweiligen Art. 1 § 1 der Übereinkommen bestimmen deren Anwendung auf sämtliche Beförderungen von Gütern (CIM) resp. Personen und Gepäck (CIV), die mit durchgehendem Frachtbrief (CIM) resp. internationalem Beförderungsschein (CIV) mindestens durch die Gebiete von 2 Vertragsstaaten führen und dabei ausschliesslich Strecken benutzen, die in Art. 59 (CIM), resp. Art. 55 (CIV) aufgeführt sind (105).

b. Wortlaut und Tragweite der Kautionsbefreiung

Die Voraussetzungen für eine gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen aus einem Fracht- resp. Beförderungsvertrag sind in den Art. 42 ff. (CIM) und 38 ff. (CIV) zusammengestellt.

-
- 103) CIM: SR 0.742.403.2; CIV: SR 0.742.403.1.
Für die Schweiz sind beide Übereinkommen seit 1. Januar 1975 in Kraft.
- 104) Volken, S. 198; sowie J. Haenni, Carriage by Rail, International Encyclopedia of Comparative Law, Tübingen, o.Jhg., Bd. 12, Chapter 2.
- 105) für CIM genauere Auseinandersetzung bei J. Wick, Das internationale Eisenbahnfrachtrecht nach der CIM, gültig ab 1. Jänner 1975, Wien 1974, N 9 zu Art. 1 § 1 CIM, wonach für die Anwendung des Übereinkommens alle an der Beförderung beteiligten Staaten, d.h. Versand-, Beförderungs- und Empfangsstaat, Vertragsstaaten des CIM sein müssen. Unbeachtlich ist jedoch die Staatsangehörigkeit des Absenders resp. Beförderten.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht bestimmen Art. 56 § 4 CIM (106):

„Eine Sicherheitsleistung für die Kosten des Rechtsstreites kann bei Klagen aus einem internationalen Frachtvertrag nicht gefordert werden.“

Auch wenn dies nicht aus dem Wortlaut der Bestimmung hervorgeht, so umfasst die Kautionsbefreiung doch nur die sogenannte Ausländerkaution, d.h. die im mangelnden Wohnsitz im Prozessstaat begründete Kautionsbefreiung. Stellt mangelnde Solvenz ein Kautionsgrund dar, so steht der Anwendung dieser Kautionsbestimmung auch im Rahmen des CIM und CIV Übereinkommens nichts im Wege (107). Auch hier steht der Kautionsbefreiung die unmittelbare Vollstreckung gegenüber (108):

„Urteile, auch Versäumnisurteile, die auf Grund der Bestimmungen dieses Übereinkommens von dem zuständigen Gericht erlassen und nach den für das urteilende Gericht massgebenden Gesetzen vollstreckbar geworden sind, sind in jedem anderen Vertragsstaat vollstreckbar, sobald die in dem betreffenden Staate vorgeschriebenen Förmlichkeiten erfüllt sind. Eine sachliche Nachprüfung des Inhaltes ist nicht zulässig.

Auf nur vorläufig vollstreckbare Urteile findet diese Vorschrift keine Anwendung, ebenso wenig auf solche Bestimmungen eines Urteils, die dem im Rechtsstreit unterliegenden Kläger ausser den Kosten eine Entschädigung auferlegen.“

Es wird somit nicht nur für die Gerichtskosten, sondern auch für das Haupturteil eine sachliche Überprüfung des Urteils ausgeschlossen, so ist insbesondere die Einrede, das zu vollstreckende Urteil verstosse gegen den ordre public des vollstreckenden Staates, nicht zu hören (109).

106) Desgleichen Art. 52 § 4 CIV für den internationalen Beförderungsvertrag.

107) BGE 62 I 246.

108) Art. 56 § 1 CIM resp. Art. 52 § 1 CIV.

109) Wick, a.a.O., N 5 zu Art. 52 CIV.

Jedoch scheint mit der in Abs. 2 des jeweiligen § 1 getroffenen Regelung für die Prozessentschädigung das zwischen Kautionsbefreiung und unmittelbarer Vollstreckbarkeit erforderliche Gleichgewicht zu fehlen. Dem ist jedoch nicht so. Wick weist nämlich darauf hin (110), dass der Begriff Entschädigung lediglich die sogenannte Succumbenz-Gelder oder Prozessverlustpoenale erfasse, die jedoch den meisten Vertragsstaaten unbekannt seien. Die unmittelbare Vollstreckung des Entscheides bleibt somit gewährleistet.

Bedauerlich ist jedoch, dass schlechterdings jeder Kläger – ungeachtet seiner Staatsangehörigkeit (111) und seines Wohnsitzes (112) – der einen Anspruch aus einem der beiden Übereinkommen geltend macht, in den Genuss dieser Kautionsbefreiung kommen kann (113). Somit entfällt von daher die gesicherte Vollstreckung des Kostenentscheides.

c. Zusatzübereinkommen CIV über die Haftung der Eisenbahnen für Tötung und Verletzung von Reisenden

Dieses Zusatzübereinkommen ist für die Schweiz seit 1. Januar 1973 in Kraft (114). Es hat für die Kautionsbefreiung in § 20 eine zur CIM und CIV analoge Regelung getroffen.

-
- 110) a.a.O., N 9 zu Art. 52 CIV, ebenso schon O. Loenning, Internationales Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 28. Oktober 1924, Berlin 1927, zu Art. 55 § 1 Abs. 2 aCIM. Auch Bülow/Arnold, A III 2a, 261.4, Anm. 11, messen dieser Bestimmung keine Bedeutung bei.
- 111) Villiger, S. 234 Anm. 13a und b.
- 112) Wick, a.a.O., N 15 zu Art. 52 CIV; Bülow/Arnold, A III 2a, 261.5 Anm. 14; BGE 62 I 246.
- 113) Bülow/Böckstiegel, A I 1b, 101.17 Anm. 81; Schurter/Fritzsche, S. 592; Meili/Mamelok, S. 343, Anm. 2; BGE 62 I 246.
- 114) SR 0.742.403.11.

d. Beteiligte Nationen (115)

Algerien
Belgien
BRD
Bulgarien
Dänemark
DDR
Finnland
Frankreich
Griechenland
Grossbritannien
Irak
Iran
Irland
Italien
Jugoslawien
Liechtenstein

Luxemburg
Marokko
Niederlande
Norwegen
Österreich
Polen
Portugal
Rumänien
Schweden
Schweiz
Spanien
Syrien
Tschechoslowakei
Tunesien
Türkei
Ungarn

6. Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassenverkehr (CMR)

Für die Schweiz ist dieses Übereinkommen seit 28. Mai 1970 in Kraft (116).

a. Wesen und Geltungsbereich des Übereinkommens

Dieses Übereinkommen lehnt sich sowohl im Aufbau als auch im Wortlaut an die beiden anderen internationalen Beförderungs- resp. Frachtübereinkommen CIM und CIV an.

Auch dieses Übereinkommen begnügt sich demnach nicht mit Verweisung auf innerstaatliches Recht, sondern regelt den Beförderungsvertrag im internationalen Strassenverkehr in materiell-rechtlicher Hinsicht. Der Geltungsbereich der CMR wird dabei noch weiter gefasst. Jede entgeltliche Beförderung von Gütern im internationalen Strassenverkehr untersteht diesem Übereinkommen, wenn allein schon der vertraglich vorgesehene Übernahme- oder Ablieferungsort in einem der Vertragsstaaten liegt (117). Art. 1 Ziff. 1 a.E. hält dazu noch ausdrücklich fest, dass die CMR unabhängig vom Wohnsitz und der Staatsangehörigkeit der Parteien anzuwenden ist, was, wenn auch nicht ausdrücklich festgehalten, ja auch für die beiden andern Übereinkommen CIM und CIV zutrifft.

b. Wortlaut und Tragweite der Kautionsbefreiung

Brachte die CMR in ihrem Anwendungsbereich gegenüber der CIM und CIV eine Erweiterung, so wird die Kautionsbefreiung – richtigerweise – nur einschränkend gewährt. Abs. 5 von Art. 31 CMR bestimmt dazu:

„Angehörige der Vertragsstaaten, die ihren Wohnsitz oder eine Niederlassung in einem der Vertragsstaaten haben, sind nicht verpflichtet, Sicherheit für die Kosten eines gerichtlichen Verfahrens zu leisten, das wegen einer diesem Übereinkommen unterliegenden Beförderung eingeleitet wird.“

116) SR 0.741.611.

117) M. Nickel-Lanz, La convention relative de transport international de marchandise par route (CMR), Diss. Lausanne 1976, S. 16 Ziff. 3.

Es werden damit die üblichen kautionsbefreienden Kriterien – Staatsangehörigkeit in einem der Vertragsstaaten und Wohnsitz in einem der Vertragsstaaten – herangezogen, was im Hinblick auf eine gesicherte Vollstreckung allein sinnvoll ist (118).

Diese Vollstreckung erfährt in Abs. 3 zu Art. 31 CMR eine analoge Regelung wie im CIM und CIV, das heisst, die Einrede, das zu vollstreckende Urteil verstosse gegen den *ordre public* des Vollstreckungsstaates, wird ausgeschlossen. Klarer jedoch als bei CIM und CIV (119) ist die in Abs. 4 von Art. 31 CMR gewählte Formulierung, wonach die Vollstreckung von Urteilen, die dem Kläger nach ganzer oder teilweiser Abweisung der Klage neben den Verfahrenskosten Schadenersatz und Zinsen auferlegen, nicht im Sinne von Art. 31, Abs. 3 CMR erfolgen kann. Damit steht eindeutig fest, dass sowohl Prozessentschädigung als auch Gerichtskosten, d.h. die gesamten Verfahrenskosten, immer der unmittelbaren Vollstreckung unterliegen.

118) Nickel-Lanz, a.a.O., S. 166.

119) Vgl. vorn S. 56 Anm. 110.

c. Beteiligte Nationen (120)

Belgien
BRD
Dänemark
Finnland
Frankreich
Grossbritannien
Italien
Jugoslawien
Luxemburg

Niederlande
Norwegen
Österreich
Polen
Portugal
Rumänien
Schweden
Schweiz
Ungarn

120) AS 1973 S. 1776, 1970 S. 871.

7. Europäische Übereinkunft über die Immunität der Staaten

Dieses Übereinkommen wurde anlässlich der 7. Konferenz der europäischen Justizminister 1972 in Basel unterzeichnet (121). Es ist seit 1976 in Kraft. Die Schweiz hat zwar das Übereinkommen **noch nicht ratifiziert**, dies wird jedoch für bald zugesichert (122).

a. Umfang der Übereinkunft

In einem weitgefassten Kapitel 1 der Übereinkunft wird in 15 Artikeln durch negative Enumeration der Umfang des staatlichen Immunitätsanspruches einschränkend bestimmt (123). Da die schweizerische Rechtsprechung (124) den *jure gestionis*, das heisst, als Inhaber privater Rechte auftretenden Staat schon bis heute als Prozesspartei zulies, scheint dieses Übereinkommen für die Schweiz selber keine Neuerung zu bringen (125).

b. Wortlaut und Tragweite der Kautionsbefreiung

Art. 17 der Übereinkunft bestimmt:

„Aucune caution ni dépôt, sous quelque dénomination que ce soit, qui ne pourrait pas être exigé dans l'Etat du for d'un ressortissant de cet Etat ou d'une personne qui y est domiciliée ou y réside, ne peut être imposé à un Etat Contractant pour garantir le paiement des frais et dépens du procès. L'Etat demandeur devant un tribunal d'un autre Etat Contractant doit régler tous les frais et dépens du procès mis à sa charge.”

121) durch Österreich, Belgien, Holland, Luxemburg, Grossbritannien und die Schweiz.

122) BBl 1977 III S. 877 und 905.

123) französischer Originaltext in SJIR 31 (1975) S. 273 ff.

124) BGE 101 III 58, 86 I 12, 82 I 75; ZR 72 Nr. 14.

125) Ch.-M. Krafft, La convention européenne sur l'immunité des Etats et son protocole additionnel, in SJIR 31 (1975) S. 11 ff, insbes. S. 14 und 23; vgl. zudem die kritischen Ausführungen von Ivo Schwander, *Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht*, Schweizer Studien zum Internationalen Privatrecht, Bd. 1, Zürich 1975, S. 110 und S. 116.

Auch hier ist somit das Paar Kautionsbefreiung – unmittelbare Vollstreckung vereint. Da diese Kautionsbefreiung schon auf Grund der iUeZPR bestand, kann sich eine weitere Auseinandersetzung mit diesem Übereinkommen erübrigen. Es sei lediglich darauf hingewiesen, dass der Staat Grossbritannien, der ja der iUeZPR nicht beigetreten ist (126), gestützt auf dieses Übereinkommen in der Schweiz kautionsfrei zum Prozess zuzulassen sein wird.

III. ZWEISEITIGE STAATSVETRÄGE

I. Vertrag zwischen der Schweiz und der Türkei über den Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen

Dieser Vertrag datiert vom 1. Juni 1923 (127). Er übernimmt in den Art. 1–3 bezüglich der Kautionsbefreiung die Regeln von Art. 17–19 iUeZPR. Das Anwendungsgebiet dieses Vertrages beschränkt sich jedoch auf den in der Schweiz ansässigen türkischen Staatsangehörigen vor schweizerischem Gericht und umgekehrt (128). Für Schweizer mit Wohnsitz in der Türkei ergibt sich die Kautionsbefreiung nach § 73 Ziff. 1 ZPO durch Anwendung des Konkordates in Verbindung mit dem Staatsvertrag (129).

126) über die Gründe Bülow/Böckstiegel, A I 1a, 100·24, Arm. 107–110.

127) SR 0.274.187.631.

128) BB1 1933 II S. 22.

129) ZR 51 Nr. 150 = SJZ 48 S. 11.

2. Niederlassungs- und Rechtsschutzabkommen zwischen Griechenland und der Schweiz

Dieses Abkommen geht zurück auf den 1. Dezember 1927 (130). Es bestimmt in seinem Art. 5, dass zwischen der Schweiz und Griechenland die Art. 17–22 iUeZPR analog anzuwenden sind. Auch hier tritt die Kautionsbefreiung vor Zürcher Gericht jedoch nur ein, wenn die klagende Partei ihren Wohnsitz in Griechenland selber hat.

3. Niederlassungsabkommen zwischen der Schweiz und dem Iran

Dieses Abkommen vom 25. April 1934 führt in Art. 1 Abs. 2 lediglich eine sogenannte Meistbegünstigungsklausel auf und gewährt in Art. 8 Abs. 2 dem Angehörigen jedes der hohen vertragschliessenden Teile „insbesondere freien und völlig ungehinderten Zutritt zu den Gerichten“ (131). Sie sollen dort wie die Angehörigen der meistbegünstigten Nation auftreten können. Dies vermag jedoch noch keine Kautionsbefreiung zu begründen (132). Die beiden Parteien haben aber unter gleichem Datum noch eine Erklärung über das Armenrecht und die Sicherheitsleistung für Prozesskosten unterzeichnet. Dabei werden in den Ziff. 1–3 mit geringfügigen Abänderungen die Formulierungen von Art. 17–19 iUeZPR übernommen, so dass sich die Kautionsbefreiung von daher ergibt. Allerdings kommt sie vor Zürcher Gericht nur solange zum Zug, als dass der iranische Kläger oder Intervenient auch in Iran Wohnsitz hat.

4. Schweizerisch-britisches Abkommen über Zivilprozessrecht

Dieses Abkommen datiert vom 3. Dezember 1937 (133) (134).

130) SR 0.274.183.721.

131) SR 0.274.184.361.

132) Vgl. hinten S. 71.

133) BS SR 0.274.183.671; vgl. zudem BB1 1938 II S. 274.

134) Dieses Übereinkommen geniesst gegenüber dem zwischen den beiden Staaten bestehenden Freundschafts-, Handels- und Niederlassungsvertrag vom 6. September 1855 (SR 0.142.113.671) Vorrang, denn in Art. III Abs. 2 wird dort lediglich der freie und offene Zugang zu den Gerichtshöfen eingeräumt; vgl. Guggenheim, Bd. II, S. 963; ZR 13 Nr. 68.

In Art. 2–3 wird dabei festgehalten:

„Art. 2 Rechtsschutz und Zutritt zu den Gerichten

Die Angehörigen eines hohen vertragschliessenden Teils sollen im Gebiete des andern in Ansehung des rechtlichen Schutzes der Person und des Eigentums die gleichen Rechte geniessen und für die Verfolgung oder Verteidigung ihrer Rechte freien Zutritt zu den Gerichten unter den nämlichen Bedingungen (einschliesslich der zu entrichtenden Taxe und Gebühren) haben wie die Angehörigen dieses andern hohen vertragschliessenden Teils.

Art. 3 Sicherheitsleistung für Prozesskosten

- a) Die Angehörigen eines hohen vertragschliessenden Teils, die im Gebiete des andern wohnhaft sind, wo das Gerichtsverfahren durchgeführt wird, sollen nicht verpflichtet sein, Sicherheit für Prozesskosten in den Fällen zu leisten, in denen die Angehörigen dieses andern hohen vertragschliessenden Teiles unter ähnlichen Umständen dazu nicht verpflichtet sind.
- b) Die Angehörigen eines hohen vertragschliessenden Teiles, die ausserhalb des Gebietes des andern, wo das Gerichtsverfahren durchgeführt wird, wohnhaft sind, sollen zur Sicherheitsleistung für Prozesskosten dann nicht verpflichtet sein, wenn sie in diesem Gebiete unbewegliches oder anderes nicht ohne weiteres übertragbares Eigentum besitzen, das zur Deckung der Prozesskosten hinreicht.

Die Auslegung der Ausdrücke „unbewegliches Eigentum“ und „nicht ohne weiteres übertragbares Eigentum“ fällt in die ausschliessliche Zuständigkeit der Gerichte der hohen vertragschliessenden Teile.”

Das Abkommen geht damit im Umfang der Kautionsbefreiung weniger weit als die bisher behandelten Abkommen, denn es hat den spezifisch britischen Begebenheiten Rechnung zu tragen (135).

135) Vgl. vorn S. 19 und S. 32 Anm. 23.

Art. 3 lit. a ist mit der in § 73 Ziff. 1 ZPO getroffenen Formulierung für den zürcherischen Zivilprozess ohne Belang. Hingegen vermag Art. 3 lit. b lediglich insofern von einer Kautionspflicht mangels Wohnsitz in der Schweiz zu befreien, als das Gericht und Gegenpartei die Möglichkeit haben, sich für die Prozesskosten an Immobilien oder sonst nicht ohne weiteres verwertbarem Eigentum der klagenden Partei in der Schweiz schadlos zu halten (136) (137). Im Gegensatz zu den bisher behandelten Verträgen ist hier nicht mehr vom Kläger oder Intervenienten die Rede, sondern allgemeiner von den „Angehörigen eines hohen vertragschliessenden Teiles“, d.h. die prozessuale Stellung ist für diese staatsvertraglich zugesicherte Kautionsbefreiung ohne Belang.

Da Art. 3 lit. b die Kautionsbefreiung von Immobilien oder nicht ohne weiteres verwertbarem Eigentum abhängig macht, kann es zudem nicht mehr auf den Wohnsitz der grundsätzlich kautionspflichtigen Partei ankommen. Ihre Stellung als „Angehöriger eines hohen vertragschliessenden Teiles“ und die direkte Zugriffsmöglichkeit auf ihr verwertbares Eigentum innerhalb des Gebietes des Prozessstaates sind Garant genug für den Erlass der Kautionspflicht.

Die Bestimmung des Begriffes „Angehörige eines hohen vertragschliessenden Teiles“ ergibt sich aus der Definition in Art. 1 lit. b Ziff. 5 des Abkommens (138). Ausländer können dabei nicht als unter den Schutz ihrer Majestät gestellte Personen („british protected persons“) bezeichnet werden (139).

Als nicht ohne weiteres verwertbares Eigentum sind Immobilien und zum Beispiel Ansprüche an einer Gesamthandschaft zu werten (140).

136) VPB 41 (1977) Nr. 13; SJIR 6 (1949) S. 257.

137) Dies wurde jedoch in ZR 76 Nr. 6 verkannt, indem dort allein schon bei feststehendem Wohnsitz in London die Sicherstellungspflicht als gegeben betrachtet wurde, ohne dass das Vorliegen von nicht leicht verwertbarem Eigentum in der Schweiz überprüft wurde. Fälschlicherweise behauptet auch ZBJV 86 (1950) S. 44, aus dem schweizerisch-britischen Abkommen könne eine Kautionsbefreiung nicht hergeleitet werden.

138) „Angehörige eines (oder des andern) hohen vertragsschliessenden Teiles“ bedeuten: i) mit Beziehung auf seine Majestät den König von Grossbritannien, Irland und den britischen überseeischen Dominions, Kaiser von Indien: alle wo immer wohnhaften Untertanen Seiner Majestät und alle unter Ihren Schutz gestellten Personen; ii) mit Beziehung auf den Schweizerischen Bundesrat: alle Schweizerbürger.“

139) ZR 76 Nr. 7; VEB 14 (1940) Nr. 30.

140) SJZ 56 S. 333.

5. Vertrag zwischen der Schweiz und Frankreich über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urteilen in Zivilsachen

Dieser Vertrag vom 15. Juni 1869 bestimmt in seinem Art. 13 (141):

„Von Franzosen, die in der Schweiz eine Klage anheben, kann keine andere Gebühr, Kautions- oder Hinterlage verlangt werden, als eine solche, die nach den Gesetzen des Kantons, wo die Klage angehoben wird, auch von Schweizerischen Angehörigen anderer Kantone gefordert werden darf. In gleicher Weise kann auch von Schweizern, die in Frankreich eine Klage vor Gericht geltend machen, keine Gebühr, Kautions- oder Hinterlage gefordert werden, denen die Franzosen gemäss den französischen Gesetzen nicht auch unterworfen sind.“

Die Tatsache, dass sowohl Frankreich als auch die Schweiz dem iUeZPR beigetreten sind, bedeutet nun noch nicht, dass damit diese Regelung des Gerichtsstandsvertrages hinfällig wird, denn Art. 17 Abs. 3 iUeZPR hält ausdrücklich fest, dass Abkommen, die eine Kautionsbefreiung ohne Rücksicht auf den Wohnsitz des Klägers oder Intervenienten gewähren, für die Vertragsstaaten weiterhin ihre Gültigkeit behalten (142). Der schweizerisch-französische Gerichtsstandsvertrag vermag deshalb auch weiterhin als Grundlage für allfällige Kautionsbefreiungen zu dienen (143) (144).

141) SR 0.276.193.491.

142) BGE 80 II 95.

143) ZR 27 Nr. 29.

144) In ZR 75 Nr. 7 hätte dieses Abkommen m.E. dazu führen müssen, dass für einen französischen Staatsangehörigen bei Annahme seines Wohnsitzes in London zu überprüfen gewesen wäre, ob dieser über nicht leicht verwertbares Eigentum in der Schweiz verfügt, und sich damit für ihn, in Anwendung des schweizerisch-britischen Abkommens, eine Kautionsbefreiung ergeben hätte. Das Obergericht verneinte jedoch die Anwendung dieses Abkommens, da der französische Staatsangehörige nicht als Untertane oder unter den Schutz Ihrer Majestät gestellte Person gelten könne. Darauf kann es aber gar nicht ankommen. Das schweizerisch-französische Abkommen will ja, dass ein französischer Staatsangehöriger in der Schweiz nicht schlechter gestellt ist als ein schweizerischer Staatsangehöriger unter denselben Voraussetzungen. Dieser schweizerische Staatsangehörige kann sich nun, entsprechendes nicht leicht verwertbares Eigentum in der Schweiz vorausgesetzt, auf die ihm zustehende Kautionsbefreiung aus dem schweizerisch-britischen Abkommen auf dem Umweg über das Konkordat berufen. Gleiches muss deshalb auch für den französischen Staatsangehörigen gelten.

IV. KEINE KAUTIONSBEFREIUNG GEWÄHRENDE STAATSVERTRÄGE

1. Der staatsvertraglich zugesicherte freie und ungehinderte Zugang zu den Gerichten

a. Allgemein

Die Einräumung des freien und ungehinderten Zugangs zu den Gerichten findet sich vor allem in älteren Staatsverträgen (145). Der so garantierte Zugang zu den Gerichten wird dabei nie an das Erfordernis eines bestimmten Wohnsitzes gebunden, er gilt schlechterdings für jeden Staatsangehörigen der beiden Vertragsparteien.

Über die Tragweite des staatsvertraglich zugesicherten freien und ungehinderten Zugangs zu den Gerichten besteht in der schweizerischen Praxis Einigkeit: Eine Kautionsbefreiung kann daraus nicht abgeleitet werden (146). Schurter/Fritzsche (147) weisen dazu mit Recht darauf hin, dass dort, wo die Kautionspflicht mit dem fehlenden Wohnsitz im Prozessstaat begründet wird, der generell garantierte freie und ungehinderte Zugang zu den Gerichten keine Kautionsbefreiung zu bewirken vermag, denn es soll damit der Ausländer nicht eine Privilegierung gegenüber dem in diesem Fall kautionspflichtigen Inländer erfahren. Als Hinweis für die Richtigkeit dieser These mag auch dienen, dass in Art. 16 iUeRF zuerst in Abs. 1 der freie und ungehinderte Zugang zu den Gerichten für die Flüchtlinge vereinbart wird, und erst in Abs. 2 dann von der Befreiung der *cautio judicatum solvi* die Rede ist. Wäre diese Befreiung nun schon im zugesicherten freien und ungehinderten Zugang zu den Gerichten enthalten gewesen, so hätte sie keiner zusätzlichen Erwähnung mehr bedurft (148).

-
- 145) Schurter/Fritzsche, S. 584/85. Von den heute noch geltenden Staatsverträgen wird diese Wendung z.B. berücksichtigt im Niederlassungs- und Handelsabkommen der Schweiz mit Albanien vom 10. Juni 1929 (SR 0.142.111.231, wobei auch BBl 1929 S. 6 ff keine weiteren Angaben über die Tragweite dieser Formulierung zu entnehmen sind).
- 146) BGE 60 I 227; Guggenheim SJK Nr. 662 S. 11/12; Schnitzer, SJK Nr. 966 S. 4; Sträuli/Hauser, Anm. II. 1. zu § 69 a ZPO; für die BRD ebenfalls ablehnend Riezler, S. 437; Stein/Jonas, § III 2 zu § 110 ZPO. In Frankreich jedoch behauptend Dalloz, Bd. 1, S. 274, N 68–71, und Batiffol/Lagarde, Bd. 1, S. 240, Ziff. 186–3; a.M. Philonenko, S. 936.
- 147) S. 588/89.
- 148) Dasselbe gilt für den Staatsvertrag mit Iran, vgl. vorn S. 63.

Des weiteren kann den Staatsverträgen, die den freien und ungehinderten Zugang zu den Gerichten garantieren, jeweils kein Hinweis auf die Vollstreckung von Urteilen und schon gar nicht auf die unmittelbare Vollstreckung von Kostenentscheiden entnommen werden, so dass auch von daher die Grundlage für eine Kautionsbefreiung fehlt.

Die Zusicherung des freien und ungehinderten Zuganges zu den Gerichten kann sich somit nur auf den Angehörigen des einen Vertragsstaates beziehen, der seinen Wohnsitz im anderen Vertragsstaat hat und dort die gleiche Behandlung erfahren soll wie die Angehörigen seines Wohnsitzstaates.

b. Der Staatsvertrag der Schweiz mit den Vereinigten Staaten von Amerika

Dieser Vertrag geht zurück auf den 28. November 1850 (149), er ist der erste Staatsvertrag überhaupt, den die Schweiz abgeschlossen hat (150). Im Art. 1 wird festgehalten:

149) SR 0.142.113.361.

150) Nussbaum, S. 1.

„Die Bürger der Vereinigten Staaten Amerikas und die Bürger der Schweiz werden in beiden Ländern auf dem Fusse gegenseitiger Gleichheit zugelassen und behandelt, sobald diese Zulassung und diese Behandlung nicht verfassungsmässigen oder gesetzlichen Bestimmungen sowohl der beiden Konfederationen als der einzelnen Staaten und Kantone der kontrahierenden Teile im Widerspruche steht. Die Bürger der Vereinigten Staaten und die Schweizerbürger sowie die Glieder ihrer Familien können, vorausgesetzt, dass sie sich den vorgenannten verfassungsmässigen und gesetzlichen Bestimmungen unterziehen, und dass sie den Gesetzen, Reglementen und Übungen des Landes, wo sie wohnen, gehorchen, jene in den Kantonen der Eidgenossenschaft, diese in den Staaten der amerikanischen Union gehen, kommen, sich vorübergehend aufhalten, einen festen Wohnsitz nehmen oder sich bleibend niederlassen, daselbst Eigentum, wie es im Art. V erklärt ist, erwerben, besitzen und veräussern, ihre Geschäfte führen, ihren Beruf, ihre Industrie und ihren Handel ausüben, Etablissements haben, Warenmagazine halten, ihre Erzeugnisse und Handelswaren zusenden, dieselben im grossen oder einzelnen, sowohl selbst als durch beliebige Unterhändler oder andere Agenten verkaufen; sie haben freien Zutritt zu den Gerichtshöfen und können vor Gericht, in gleicher Weise wie ein Eingeborener, ihre Rechte, sei es in eigener Person, sei es durch die von ihnen nach Gutdünken gewählten Advokaten, Sachwalter oder Agenten verfolgen. Man kann ihnen für ihren Wohnsitz oder ihre Niederlassung oder für die Ausübung ihrer obenannten Rechte weder eine Geld- noch irgendeine andere Gebühr auferlegen, die beschwerlicher ist als für die Bürger des Landes, in welchem sie wohnen, noch irgendeine Bedingung, welcher diese nicht auch unterworfen wären.“

Auch hier fehlen irgendwelche Hinweise auf die Vollstreckung der Urteile und des Kostenentscheides im besonderen (151). Schon darin sieht das Bundesgericht Grund genug, die Kautionsbefreiung zu verneinen (152). Auch hier soll den amerikanischen Staatsbürgern in der Schweiz auf Grund des Staatsvertrages lediglich die gleiche Behandlung wie den Schweizerbürgern zugesichert werden (153). Auch diesem Staatsvertrag kann deshalb keine Befreiung von der in § 73 Ziff. 1 ZPO begründeten Kautionspflicht entnommen werden (154).

2. Die staatsvertraglich zugesicherte Meistbegünstigung

Mit der vor allem in Handelsverträgen anzutreffenden Meistbegünstigungsklausel verpflichtet sich der gewährende Staat, seinem Vertragspartner alle Vorteile und Konzessionen – meist jedoch nur für ein bestimmtes Sachgebiet – zu gewähren, die er allen andern, oder wenigstens bestimmten anderen Staaten jetzt schon zugesteht oder in Zukunft noch einräumen wird (155).

-
- 151) auch BBl 1850 III S. 727 und 758 sowie BBl 1855 II S. 41 und 442 kann nichts derartiges entnommen werden.
 - 152) BGE 60 I 223, bestätigt in BGE 76 I 120 (Anmerkung dazu in SJIR 6 (1949) S. 256).
 - 153) Guggenheim, Bd. II, S. 844; dies geht auch bei R. Wilson, Access-to-court provisions in United-States treaties, in The american Journal of international Law, 1953, S. 20 ff, insbes. S. 38/39, hervor.
 - 154) Schnitzer, Bd. II, S. 845; derselbe in SJK Nr. 966 S. 4; Nussbaum, S. 59; sowie VPB 35 (1970/71) Nr. 52, VEB (1961) Nr. 70, 13 (1939) Nr. 46 und unpubl. Beschluss I. Ziv.K. des OGer. vom 6. Juni 1978 i.S. B. c. W. und Mitbeteiligte. Falsch demnach Nachtrag zum Kreisschreiben des OGer. vom 2. Mai 1949 (ZR 48 Nr. 16) in ZR 48 Nr. 157, wo gestützt auf eine falsch verstandene Kritik von Alexander in SJZ 45 S. 315 diesem Staatsvertrag kautionsbefreiende Wirkung eingeräumt wird.
 - 155) so z.B. im Abkommen über den Wirtschaftsverkehr zwischen der Schweiz und Bulgarien vom 23. November 1972 (SR 0.946.292.141), dessen Art. 2 bestimmt: „Die beiden Regierungen kommen überein, einander gegenseitig die Behandlung der meistbegünstigten Nation in Bezug auf Zölle, Taxen, Steuern, fiskalische Belastungen und das administrative Zollverfahren, welchem auf ihrem Gebiet . . .“ Allgemeiner gehalten wurde die Formulierung noch in Art. 1 des Handelsvertrages zwischen der Schweiz und Chile vom 31. Oktober 1897 (SR 0.946.292.451): „Die Bürger und die Erzeugnisse der Schweiz sollen in Chile und die Bürger und Erzeugnisse Chiles sollen in der Schweiz künftig ohne wirtschaftliche Beschränkung auf dem Fuss der meistbegünstigten Nation behandelt werden und folglich alle Begünstigungen, Vorrechte und Freiheiten geniessen, die in Chile oder in der Schweiz den Bürgern oder den Erzeugnissen irgend einer anderen Nation zugestanden werden.“³⁵

Meistbegünstigungsklauseln sind einschränkend auszulegen. Sie kommen nur zur Anwendung, sofern „der Gegenstand des sie vereinbarenden Vertrages mit demjenigen des in Anspruch genommenen besonders günstigen Vertrag identisch ist“ (156). Eine Meistbegünstigungsklausel kann deshalb nur dann eine Kautionsbefreiung erwirken, wenn sie aus einem speziell das Verfahrensrecht betreffenden Vertrag hervorgeht (157). Derartige Verträge sind jedoch für die Schweiz nicht in Kraft (158). Oppenheim (159) weist deshalb darauf hin, dass die Schweiz generell ihr internationales Privatrecht von Meistbegünstigungsklauseln nicht erfassen lässt. Mit Recht wurde deshalb die Ansicht von Sträuli/Hauser (160), aus dem Handelsvertrag zwischen der Schweiz und Chile ergebe sich für einen in Chile lebenden Schweizer, der in Zürich prozessiere, gestützt auf die darin enthaltene Meisterbegünstigungsklausel, eine Kautionsbefreiung, zurückgewiesen (161). Nebst dem eben erwähnten engen Anwendungsbereich der Meistbegünstigungsklausel wurde dabei zudem noch das Fehlen einer unmittelbaren Vollstreckungsmöglichkeit des Kostenentscheides als Argument gegen eine Kautionsbefreiung herangezogen.

-
- 156) E. Real, SJK Nr. 656, S. 3; in diesem Sinne auch BGE 80 III 165.
 - 157) Schnitzer, Bd. II, S. 845; Stein/Jonas, Anm. III. 2. zu § 110 ZPO; Rep. Dalloz, *caution iudicatum solvi*, No 66/67; Batiffol/Lagarde, Tome I, Ziff. 186-3; kritisch hingegen Riezler, S. 438.
 - 158) Es fragt sich jedoch, ob nicht aus Art. IV des Staatsvertrags zwischen der Schweiz und Thailand vom 4. November 1938 (AS 1938 S. 301) eine Kautionsbefreiung herauszulesen wäre: „Den Staatsangehörigen des einen vertrags-schliessenden Teiles dürfen mit Beziehung auf den Zutritt zu den Gerichten keine Bedingungen oder Anforderungen auferlegt werden, die nicht auch für die Inländer oder die Staatsangehörigen der meistbegünstigten Nation gelten“. Guldener, *Internationales Zivilprozessrecht*, S. 16 Anm. 37 hat dies bejaht. Dieser Staatsvertrag ist jedoch mittlerweile nicht mehr in Kraft.
 - 159) H.F. Oppenheim, *La clause de la nation la plus favorisée dans la pratique internationale de la Suisse*, Diss. Genève, 1948, S. 173.
 - 160) Anm. II.2 zu § 69 aZPO.
 - 161) ZR 50 Nr. 66.

V. KEINE KAUTIONSBEFREIUNG DURCH GEWÄHRUNG VON GEGENRECHT

Es wäre durchaus angängig, eine allfällige Kautionsbefreiung, ungeachtet spezieller staatsvertraglicher Verpflichtung, davon abhängig zu machen, ob der Wohnsitzstaat der an sich kautionspflichtigen Partei seinerseits Angehörige des Prozessstaates kautionsfrei zum Prozess zulässt, d.h. ob Gegenrecht gewährt wird (162). Eine derartige Regelung bedarf jedoch der umfangreichen Auseinandersetzung mit ausländischem Recht, was zu einem unerwünschten Unsicherheitsfaktor führt (163).

Den Kautionsbestimmungen in den § 73 ff ZPO fehlt jedoch jeglicher Hinweis auf eine im Gegenrecht begründete Kautionsbefreiung. Es kann mithin nicht darauf ankommen, ob der Wohnsitzstaat des Klägers seinerseits einen schweizerischen Kläger kautionsfrei zum Prozess zulassen würde. Dagegen spricht allein schon der Wortlaut von § 73 Ziff. 1 ZPO, der nur die **staatsvertraglich** zugesicherte Kautionsbefreiung anerkennt. Wenn das Gegenrechtsprinzip zur Kautionsbefreiung zugelassen worden wäre, so hätte dies der ausdrücklichen Erwähnung bedurft, wie dies zum Beispiel bei der Regelung der Vollstreckung im § 302 Abs. 1 ZPO der Fall ist. Zudem ist mit der Gewährung eines allfälligen Gegenrechtes noch nichts für die unmittelbare Vollstreckung des Kostenentscheides gewonnen. Mit diesen zutreffenden Argumenten wurde trotz bestätigtem Gegenrecht z.B. einem ägyptischen Kläger in der Schweiz die Kautionsbefreiung verweigert (164).

162) so z.B. § 110 Abs. 2 Ziff. 1 der deutschen ZPO.

163) dies ergibt sich aus der umfangreichen Auseinandersetzung bei Bülow/Arnold unter lit. E.

164a) ZR 62 Nr. 44; VEB 27 Nr. 77.

164b) ZR 77 Nr. 88 weist neu darauf hin, dass sich eine kautionspflichtige Partei auch nicht ihrer Leistungspflicht entschlagen kann mit dem Hinweis, spätere Kosten- und Entschädigungsforderungen seien tatsächlich nicht gefährdet.

Kapitel 5: Feststehende oder vermutete Zahlungsunfähigkeit als Kautionsgrund

Nicht nur bei dem im Ausland ansässigen Kläger kann das Inkasso der Prozesskosten, seines Wohnsitzes wegen, als gefährdet erscheinen. Auch die Klage einer in der Schweiz wohnhaften Partei kann ein derartiges Risiko in sich bergen, dann nämlich, wenn die klagende Partei zahlungsunfähig ist, oder sich ihre Solvenz zumindest als stark gefährdet erweist. Damit befassen sich die Kautionsbestimmungen in Ziff. 2–5 und 7 von § 73 ZPO (1).

I. GESCHICHTLICHES

Vor Kodifikation des ersten zürcherischen Rechtspflegegesetzes im Jahr 1874 fand die Pflicht zur Kautionsleistung ihre Regelung in drei verschiedenen obergerichtlichen Verordnungen (2). Die Zahlungsunfähigkeit wurde nebst ausserkantonalem Wohnsitz als Kautionsgrund zugelassen, sofern der Kläger fallit war (3) oder frühere Gerichtskosten nicht bezahlt hatte (4). Der Umstand, dass der Kläger in seiner „Ökonomie nicht günstig“ stand oder bloss vermögenslos war (5), konnte noch keine Kautionspflicht begründen. Eine Kautionspflicht durfte schon damals nur in den von Gesetz und Verordnung vorgesehenen Fällen auferlegt werden.

-
- 1) Ziff. 6 von § 73 ZPO verlangt zudem die Sicherstellung der Prozesskosten allein aus der frei gewählten Rechtsform (nicht im Handelsregister eingetragener Verein oder Stiftung).
 - 2) – über die Kautionsleistung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 17. Hornung 1835
– über die Bestellung von Kautionen durch den Falliten für die Prozesskosten vom 22. Hornung 1841
– über die Verpflichtung zur Leistung einer Kaution für die Prozesskosten vom 25. Herbstmonat 1841
vgl. dazu R.E. Ullmer „Die Kautionspflicht im Zivilprozess“, in Zeitschrift für Kunde und Fortbildung der zürcherischen Rechtspflege, Bd. 8, 1860, S. 297 ff mit weiteren Hinweisen auf noch ältere Verordnungen.
 - 3) Die darin begründete Kautionspflicht entfiel jedoch, sofern der fallite Kläger alle seine Gläubiger voll befriedigen konnte, Ullmer, a.a.O., S. 301.
 - 4) Diese Regelung fand auf Antrag des Bezirksgerichtes Hinwil Aufnahme in die obergerichtliche Verordnung. Mit Zahlung der Gerichtskosten, auch nach der Kautionsauflage, entfiel aber die darin begründete Kautionspflicht, Ullmer, a.a.O., S. 301.
 - 5) R.E. Ullmer, Der zürcherische Zivilprozess, Kommentar, Zürich 1861, S. 100 Ziff. 9, resp. S. 101 Ziff. 10.

Das Rechtspflegegesetz von 1874 brachte dann in § 285 eine erste Erweiterung der Kautionsstatbestände (6), indem neben dem nicht im Kanton ansässigen, oder noch Kosten aus einem früheren Verfahren schuldenden Kläger, auch derjenige Kläger, der notorisch zum allfälligen Ersatz der Kosten keine hinlänglichen Vermögensstücke besass, zur Kautionsleistung angehalten werden konnte.

Mit Einführung des SchKG im Jahre 1889 konnte dann die Zahlungsunfähigkeit für die Kautionspflicht anhand konkreter betreibungsrechtlicher Begriffe umschrieben werden. Der allgemeine Begriff der notorischen Zahlungsunfähigkeit als Kautionsgrund entfiel damit. § 59 des Gesetzes betreffend den Zivilprozess vom 13. April 1913 erachtete den Kläger dann als zahlungsunfähig, wenn im Laufe der letzten 5 Jahre der Konkurs über ihn eröffnet worden war, oder in einer gegen ihn angehobenen Betreibung die Verwertung angeordnet werden musste, oder wenn Verlustscheine auf ihn bestanden, sowie wenn er von früher her noch Kosten oder Bussen schuldete (7).

Bei der Abänderung der ZPO am 20. Februar 1938 erfuhr dann § 59 eine Neugliederung und Erweiterung (8). Nebst den bisherigen Kautionsstatbeständen kamen als weitere kautionsbegründende Kriterien hinzu, der Abschluss eines Nachlassvertrages innerhalb von 5 Jahren, das Vorliegen von provisorischen und definitiven inländischen oder ausländischen Verlustscheinen oder Pfandausfallscheinen sowie Liquidation oder Konkursaufschub bei Aktiengesellschaft und Genossenschaft.

Diese erweiternde Tendenz blieb auch bei der Neufassung der ZPO im Jahre 1977 bestehen. Neu wurden Konkurs- und Nachlassmasse als kautionspflichtig erklärt.

6) E. Sträuli, Kommentar zum Gesetz betreffend die zürcherische Rechtspflege vom 2. Christmonat 1874 und 13. Brachmonat 1880, Winterthur 1883, S. 265.

7) H. Sträuli, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Zürich 1915, S. 53.

8) Sträuli/Hauser, Anm. 1 zu § 59 aZPO

Der ursprüngliche Begriff der notorischen Zahlungsunfähigkeit, und die sich daraus ergebende Gefährdung für das Inkasso der Prozesskosten wird nun also anhand von 10 Tatbeständen umschrieben (9). Trotz dieser detaillierten und weitreichenden Umschreibung des Begriffes der Zahlungsunfähigkeit anhand klarer betriebsrechtlicher Begriffe, fand nun neu auch noch in Ziff. 3 von § 73 ZPO unter anderem als eine Art Generalklausel die „sonstige Zahlungsunfähigkeit“ als weiterer neuer kautionsbegründender Tatbestand Aufnahme (10). In gesetzredaktioneller Hinsicht vermag dies keineswegs zu überzeugen. § 73 ZPO soll sich entweder auf den allgemeinen Begriff der Zahlungsunfähigkeit als Kautionsgrund beschränken und dessen Bestimmung der Gerichtspraxis überlassen, oder dann, gestützt auf unmissverständliche betriebsrechtliche Begriffe, eine klar abgegrenzte Umschreibung der kautionsbegründenden Tatbestände vorlegen. In der Neufassung von § 73 ZPO wird jedoch – ohne ersichtlichen Grund – beides zugleich getan und damit ein der gewählten Enumerationsmethode zuwiderlaufender Ermessensspielraum (11) eingeführt.

Steht die Zahlungsunfähigkeit der klagenden Partei i.S. von § 73 ZPO fest, so ist ihr damit noch nicht der Weg zur unentgeltlichen Prozessführung geöffnet (12),

-
- 9) Konkurserkennnis, Verwertungsanordnung, gerichtliche Nachlassstundung, provisorischer oder definitiver in- oder ausländischer Verlustschein, Pfandausfallschein, Kostenschuld aus einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren, Liquidation, bewilligter Konkursaufschub, Konkurs- und Nachlassmasse.
 - 10) Die Weisung erläutert zu § 73 Ziff. 3 ausdrücklich „wird durch eine Generalklausel ergänzt“ (Amtsblatt 1971, S. 1904).
 - 11) so ZR 57 Nr. 65, S. 170: „Nicht ausser Acht gelassen werden darf indessen dabei, dass das Gesetz die Kautionspflicht nicht einfach an die Zahlungsunfähigkeit des Klägers, sondern an bestimmte, in § 59 ZPO im einzelnen umschriebene Tatbestände knüpft (ZR XLI Nr. 133, LI Nr. 151; SJZ 52 Nr. 79 S. 130). Und so wenig die Kautionspflicht mit der Begründung verneint werden darf, der Kläger verfüge wieder über ausreichende Mittel, sowenig darf sie bejaht werden, wenn die Zahlungsunfähigkeit zwar feststeht, keiner der in § 59 ZPO abschliessend aufgezählten Gründe aber gegeben ist (SJZ 52 Nr. 79 S. 130)“.
 - 12) Dies betrifft sowieso nur die natürlichen Personen, denn für juristische Personen und Sondervermögen besteht nach § 84 ZPO kein Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung, vgl. dazu hinten S. 138.

denn die für das Armenrecht geforderte Zahlungsunfähigkeit muss nicht dieselbe sein, wie sie in § 73 ZPO als Ausgangspunkt für die Kautionsauflage umschrieben wird. Der Anspruch der klagenden Partei auf rechtliches Gehör nach Art. 4 BV geht aber dem Sicherstellungsanspruch des Gerichtes und der Gegenpartei vor, es sei denn, das Klagebegehren erweise sich als zum vorneherein aussichtslos (13).

Festzuhalten bleibt noch, dass die nicht in der Schweiz domizilierte und als zahlungsunfähig erscheinende Partei sich nicht etwa auf eine ihr zustehende staatsvertragliche Kautionsbefreiung stützen kann, denn damit soll lediglich ein sich aus dem Wohnsitz ergebender Nachteil der ausländischen Partei gegenüber der im Inland ansässigen Partei ausgeglichen werden. Die in der Folge behandelten Kautionsstatbestände treffen jedoch die als zahlungsunfähig erscheinende Partei schlechthin, ungeachtet ihres Wohnsitzes. Für eine staatsvertragliche Befreiung von dieser Kautionspflicht bleibt somit kein Raum.

II. KONKURSERÖFFNUNG, ANORDNUNG DER VERWERTUNG, GERICHTLICHE NACHLASSSTUNDUNG ALS KAUTIONSGRÜNDE

1. Dauer

Diesen in Ziff. 2 von § 73 ZPO aufgeführten Kautionsgründen ist allen gemeinsam, dass ihnen diese Wirkung nur auf 5 Jahre hin zukommt. Der Grund für diese zeitliche Beschränkung ist darin zu suchen, dass bei diesen betreibungsrechtlichen Verfahrensstufen jeweils gar noch nicht feststeht, ob Gläubiger dieser Parteien überhaupt zum Verlust kommen. Es besteht lediglich eine Vermutung dafür. Wurde jedoch z.B. über eine klagende Partei vor 7 Jahren der Konkurs eröffnet und darauf wieder widerrufen, ohne dass seither kautionsbegründende Tatbestände aufgetreten sind, so würde unter diesen Umständen die Kautionsauflage eine unerwünschte Härte mit sich bringen. Die Tatsache, dass seit dem Konkurswiderruf

13) vgl. hinten S. 137.

keine weiteren gravierenden betriebsrechtlichen Massnahmen gegen diese Partei ergriffen werden mussten, lässt deren Solvenz vermuten. Dasselbe kann zu einer Verwertungsandrohung, die mehr als 5 Jahre zurückliegt, gesagt werden. Die zeitliche Befristung dieser Kautionskriterien ist ohne weiteres gerechtfertigt.

2. Konkurseröffnung

a. Gesetzliche Grundlagen der Konkurseröffnung

Der Betreuung auf Konkurs unterliegen die in Art. 39 SchKG erwähnten natürlichen und juristischen Personen. Zur Konkurseröffnung kommt es nach Abschluss einer Konkurs- oder Wechselbetreibung (14), sowie unter speziellen Umständen direkt auf Antrag eines Gläubigers, resp. des Schuldners (15).

b. Massgebender Zeitpunkt

Der Konkurs ist eröffnet, sobald der Konkursrichter die entsprechende Verfügung – das Konkursurkenntnis – erlassen hat (16). Damit ist auch der Kautionsgrund i.S. von § 73 Ziff. 2 ZPO gegeben (17).

c. Umfang der Kautionsbestimmung

Ob der Konkurs nach Eröffnung durch Zustimmung aller Gläubiger widerrufen wurde, kann für die Anwendung des § 73 Ziff. 2 ZPO unbeachtlich bleiben. Mit dem Widerruf wird die Rechtsgültigkeit des Konkursurkenntnisses nicht in Frage gestellt (18). Mit Recht weist das Obergericht zudem darauf hin, dass ebenfalls der nach Art. 195 SchKG zum Widerruf der Konkurseröffnung führende zustandegewordene Nachlassvertrag als Kautionsgrund beachtet wird (19). Unwesentlich

14) Art. 171 ff resp. Art. 188/189 SchKG

15) Art. 190 und 191 SchKG

16) ZR 76 Nr. 125.

17) Nach ZR 24 Nr. 4 beginnt die Fünfjahresfrist erst mit Abschluss des Konkursverfahrens zu laufen. Dies scheint mir jedoch vom klaren Wortlaut von § 73 Ziff. 2 ZPO nicht gedeckt.

18) Fritzsche, Bd. II, S. 37.

19) SJZ 64 S. 189.

bleibt auch, ob die Konkursöffnung den Gläubigern Einbussen brachte oder nicht. Wollte der Gesetzgeber auf einen Verlust der Gläubiger als Kautionsgrund abstellen, so hätte er es beim Kautionsgrund des Verlustscheines bewenden lassen können. Die gestützt auf den Wortlaut gerichtete Auslegung des Begriffes Konkursöffnung ist somit gerechtfertigt. Ohne Folgen für eine Kautionsauflage bleibt lediglich die an einem Verfahrensmangel leidende Konkursöffnung, sie kann zur Begründung einer Kautionspflicht nicht herangezogen werden.

3. Anordnung der Verwertung

a. Gesetzliche Grundlagen

Nach Einleitung der Betreibung (20), Fortsetzung derselben (21) und der daraus folgenden Pfändung liegt es am Gläubiger, innert gesetzlicher Frist das Verwertungsbegehren zu stellen (22). Er verlangt die zwangsweise Verwertung der gepfändeten schuldnerischen Vermögensteile. Lässt er jedoch die dafür vorgesehene Frist (23) verstreichen, ohne ein entsprechendes Begehren zu stellen, so fällt die vorgenommene Pfändung ohne weiteres dahin. Der Schuldner wird darauf wieder in seine Dispositionsfähigkeit über die gepfändete Sache eingesetzt (24). Geht jedoch ein Verwertungsbegehren während der gesetzlichen Frist ein, so ist der Schuldner innert 3 Tagen davon durch das Betreibungsamt in Kenntnis zu setzen (25).

b. Massgebender Zeitpunkt

Der kautionsbegründende Tatbestand ist nicht schon durch Stellen des Verwertungsbegehrens erfüllt. Der Wortlaut von § 73 Ziff. 2 ZPO, der eine „Anordnung der Verwertung“ erfordert, verlangt vielmehr eine Amtshandlung des zuständigen Be-

20) Art. 67 ff SchKG.

21) Art. 88 ff SchKG.

22) Art. 116 ff SchKG.

23) Für bewegliche Sachen, Forderungen und Rechte frühestens 1 Monat und spätestens 1 Jahr, für Lohnguthaben spätestens nach 15 Monaten und für gepfändete Grundstücke frühestens 6 Monate, spätestens 2 Jahre nach der Pfändung.

24) Art. 121 SchKG.

25) Art. 120 SchKG.

treibungsamtes. Damit ist jedoch nicht erst das Ansetzen der Steigerung gemeint. Es genügt vielmehr, wenn das Betreibungsamt dem Schuldner nach Art. 120 SchKG vom Eingang des Verwertungsbegehrens in Kenntnis setzt (26), denn es fehlt eine weitere Regelung über die Ansetzung der Steigerung (27). Die für die Kautionsauflage nach § 73 Ziff. 2 ZPO erforderliche Anordnung der Verwertung ist deshalb durch die Mitteilung des Verwertungsbegehrens erfüllt.

c. Umfang der Kautionsbestimmung

Genügt schon die Mitteilung der Verwertungsanordnung zur Kautionsauflage, so ist damit auch gesagt, dass die im Sinne von Art. 123 SchKG dem Schuldner gewährte Abschlagszahlung diese nicht zu hindern vermag (28). Diese Abschlagszahlung kann ja erst nach Mitteilung der Verwertungsanordnung einsetzen.

Ebenso kann es nicht darauf ankommen, ob die Anordnung der Verwertung mit der vom Schuldner, d.h. dem vom Kläger, geltend gemachten Forderung zusammenhängt oder gar identisch ist (29). Hat der Schuldner es zudem unterlassen, in einer Betreibung, die an und für sich gegen seine Ehefrau zu richten gewesen wäre, eine entsprechende Beschwerde einzureichen, und ist es in dieser Betreibung bis zur Verwertungsanordnung gekommen, so kann der Schuldner die daraus hergeleitete Kautionspflicht nicht unter Hinweis auf die verfehlte Einleitung der Betreibung von sich abwenden (30).

d. Lohnpfändung im speziellen

Eine Besonderheit ergibt sich bei Pfändung von Bargeld, insbesondere bei der Lohnpfändung. Hier entfällt ja die Verwertung im eigentlichen Sinn (31). Das gepfändete Geld tritt direkt an Stelle des Verwertungserlöses. Wird der Gläubiger

26) ZR 42 Nr. 59.

27) Art. 123 SchKG fordert lediglich, dass die Steigerung frühestens 10 Tage nach Eingang des Verwertungsbegehrens erfolgen kann, ohne dass dafür eine zwingende Benachrichtigung des Schuldners zu erfolgen hat.

28) ZR 42 Nr. 52 lit. f, 24 Nr. 55.

29) ZR 42 Nr. 52 d.

30) ZR 42 Nr. 52 lit. f.

31) Fritzsche, Bd. I, S. 289; Affolter, S. 18.

nicht innerhalb eines Jahres durch die Zahlung des Schuldners befriedigt, so kommt es zur Ausstellung eines Verlustscheines. Musste sich nun ein Kläger innerhalb der letzten 5 Jahre eine Lohnpfändung, die bis zur Verteilung gekommen ist, gefallen lassen, so erscheint auch in diesem Fall seine Zahlungsfähigkeit als gefährdet.

Er hat deshalb ebenfalls im Sinne von § 73 Ziff. 2 ZPO als Kläger, der innert der letzten 5 Jahre die Anordnung einer Verwertung gegen sich ergehen lassen musste, zu gelten (32).

4. Beantragter gerichtlicher Nachlassvertrag

a. Gesetzliche Grundlagen des gerichtlichen Nachlassvertrages

Eine gerichtliche (33) Nachlassstundung kann nur vom Schuldner mit einem entsprechenden Gesuch verlangt werden. Hat nun ein Kläger im Laufe der letzten 5 Jahre eine Eingabe im Sinne von Art. 293 SchKG gemacht, so ist damit seine Kautionspflicht gegeben. Auf die Art (34) des gerichtlichen Nachlassvertrages kann es nicht ankommen.

b. Massgebender Zeitpunkt

Im Gegensatz zu § 59 Ziff. 2 ZPO, der die Kautionspflicht erst mit Abschluss des Nachlassvertrages eintreten liess, wird nun neu schon die klagende Partei, die um den Abschluss eines gerichtlichen Nachlassvertrages ersucht hat, kautionspflichtig. Es soll damit verhindert werden, dass der schwache Schuldner, dem ein gerichtlicher Nachlassvertrag verweigert wurde, eine ungewollte Besserstellung erfährt. Dies vermag zu überzeugen. Allerdings ist anzunehmen, dass bei Verweigerung des gerichtlichen Nachlassvertrages bei der klagenden Partei ohne weiteres gravierendere Kautionsstatbestände vorliegen, so dass die befürchtete Besserstellung in § 59 Ziff. 2 aZPO eher theoretischer Natur war.

-
- 32) Hans Ulrich Walder, Lohnabtretung und Zwangsvollstreckung, Zürich 1975, S. 42; SJZ 49 S. 30.
- 33) Der aussergerichtliche Nachlassvertrag ist rein privatrechtlicher Natur und kann deshalb nicht zu einer Kautionsauflage gestützt auf § 73 Ziff. 2 ZPO herangezogen werden.
- 34) Ordentlicher Nachlassvertrag, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung oder Nachlassvertrag im Konkurs.

Massgebend für den Beginn der für 5 Jahre bestehenden Kautionspflicht ist das Datum, an dem der Kläger um einen Nachlassvertrag ersuchte. Ob und wann diesem Nachlassgesuch entsprochen wurde, das spielt für die Kautionsauflage keine Rolle. Damit ergibt sich allerdings eine Abweichung gegenüber der Konkurseröffnung als Kautionsgrund. Dort lässt ja die Praxis die Fünfjahresfrist erst mit Abschluss des Konkurses beginnen.

c. Umfang der Kautionsbestimmung

Zu berücksichtigen ist, dass nur das Ersuchen um einen gerichtlichen Nachlassvertrag zur Kautionspflicht führt. Der Wortlaut des § 73 Ziff. 2 ZPO ist hier unmissverständlich. Dies kann allerdings zu ungerechtfertigten Konsequenzen führen. Ein Schuldner, der seine Gläubiger zu einem aussergerichtlichen Prozentvergleich bewegen konnte, erscheint genauso kautionswürdig wie derjenige Schuldner, der um eine gerichtliche Nachlassstundung ersuchen musste. Trotzdem ist hier nur der zweite Schuldner für die nächsten 5 Jahre kautionspflichtig, währenddem der erste kautionsfrei weiter prozessieren kann.

5. Der Gemeinschuldner

a. Gesetzliche Grundlagen

Ist der Konkurs eröffnet worden, so geht der Gemeinschuldner in prozessualer Hinsicht seiner Prozessfähigkeit nicht verlustig, diese wird lediglich eingeschränkt (35). Vorerst hat die zweite Gläubigerversammlung (36), und hernach allenfalls der die Abtretung umstrittener prozessualer Rechte erwägende Gläubiger (37) darüber zu entscheiden. Verzichten beide, so wird der Gemeinschuldner wieder in seine Prozessführungsbefugnis eingesetzt (38).

35) Fritzsche, Bd. II, S. 46.

36) Art. 207 SchKG.

37) Art. 260 SchKG.

38) Zumindest in jenen Prozessen, in denen er in der Klägerrolle auftritt, für die Passivprozesse ist dies zumindest umstritten, vgl. hinten S. 107 Anm. 153.

b. Umfang der Kautionsbestimmung

In § 60 aZPO wurde ausserhalb der allgemeinen Kautionsbestimmung von § 59 aZPO festgehalten, dass der Gemeinschuldner, der einen Prozess selbständig zu führen denkt, die Prozesskosten sicherzustellen hat. Strittig war dann in der Praxis, inwieweit dem Gemeinschuldner die Wohltat der unentgeltlichen Prozessführung zugebilligt werden konnte (39). Eine derartige ausdrückliche Kautionsregelung für den Gemeinschuldner wurde nun weggelassen. Der Gemeinschuldner wird aber von der in § 73 Ziff. 2 ZPO stipulierten Kautionspflicht erfasst, sobald er aktiv einen Prozess weiterführt.

III. DEFINITIVE ODER PROVISORISCHE VERLUST- ODER PFAND AUSFALLSCHEINE ALS KAUTIONSGRÜNDE

Im Gegensatz zu den unter II. eben behandelten Kautionsstatbeständen besteht für die in Verlust- oder Pfandausfallscheinen begründete Kautionspflicht keine zeitliche Beschränkung, denn solange über den Schuldner noch Verlust- oder Pfandausfallscheine bestehen, ist damit auch seine Zahlungsunfähigkeit oder zumindest Zahlungsunwilligkeit evident.

1. Provisorische oder definitive Verlustscheine

a. Gesetzliche Grundlage

Dem Gläubiger ist ein definitiver Verlustschein auszustellen, wenn die Verwertung (40) vollständig durchgeführt und seine Forderung nicht voll gedeckt werden konnte. Der sich dabei ergebende Fehlbetrag wird in einem Verlustschein verurkundet. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass der Gläubiger sein Verwertungsbegehren rechtzeitig stellt. Unterlässt er dies, so fällt die Betreibung dahin (41) und damit

39) ZR 59 Nr. 58, 50 Nr. 67; vgl. hinten S. 137.

40) vgl. vorn S. 79.

41) Art. 116 und Art. 121 SchKG.

auch die Kautionspflicht. Ergibt sich bei der Pfändung, dass der Schuldner über gar kein Vermögen verfügt, so kommt schon der dabei auszustellenden leeren Pfändungsurkunde die Wirkung eines definitiven Verlustscheines zu (42).

Ein provisorischer Verlustschein ist auszustellen, wenn die Schätzung des Betreibungsbeamten (43) anlässlich der Pfändung erwarten lässt, das Vermögen des Schuldners reiche nicht aus, um die Forderung des Gläubigers zu decken (44). Die Pfändungsurkunde, die dieses Ungenügen des schuldnerischen Vermögens feststellt, ist ein provisorischer Verlustschein. Zur Ausstellung dieses provisorischen Verlustscheines kommt es auch, wenn das schuldnerische Vermögen zwar die Forderung des Gläubigers zu befriedigen vermag, aber von Drittseite Eigentums- oder Pfandansprachen geltend gemacht werden, so dass der Anspruch des Gläubigers gleichwohl als gefährdet erscheint (45) (46). Dieser Pfändungsurkunde kommt jedoch nur solange die Wirkung eines provisorischen Verlustscheines zu, bis die Frist zur Stellung des Verwertungsbegehrens verstrichen ist. Läuft die Frist ungenutzt aus, so kann die provisorische Pfändungsurkunde keine weitere Wirkung mehr entfalten.

b. Massgebender Zeitpunkt

Eine in § 73 Ziff. 3 ZPO begründete Kautionsauflage muss sich auf einen gültigen Verlustschein abstützen können (47), der zur Zeit der Beschlussfassung durch das Gericht noch bestehen muss (48).

42) Art. 115 Abs. 2 SchKG, sofern die Nachpfändung nach Art. 145 SchKG ebenfalls erfolglos war. Dies wird in einem speziellen Formular festgehalten (Nr. 7 f und g).

43) Art. 97 SchKG.

44) Art. 115 Abs. 2 SchKG. Zu beachten ist jedoch, dass nur die definitive Pfändung zu einem definitiven oder provisorischen Verlustschein führen kann, nicht jedoch schon die provisorische Pfändung nach Art. 83 SchKG (vgl. hinten S. 90 ff.) Ist die Forderung des Gläubigers zudem voll gedeckt, so kann eine Kautionspflicht für den Schuldner erst mit der Verwertungsanordnung erfolgen.

45) Art. 115 Abs. 2 SchKG.

46) ZR 72 Nr. 93.

47) Nichtig ist ein Verlustschein, wenn er gegen zwingende Normen verstösst (BGE 89 IV 79); vgl. Affolter, S. 30 und dortige Zitate.

48) BGE 79 II 304 E. 39; ZR 37 Nr. 59, ZR 28 Nr. 169.

Bei provisorischen Verlustscheinen ist deren beschränkte Wirkung zu beachten. Die Kautionspflicht beginnt mit der Ausstellung des Verlustscheines zu laufen; beim definitiven Verlustschein entfällt sie bei der Löschung, beim provisorischen Verlustschein 1 Jahr nach seiner Ausstellung (49).

Ist ein Verlustschein durch den Schuldner bezahlt, der Gläubiger somit vollumfänglich befriedigt, jedoch die Löschung im Betreibungsregister unterblieben, so fällt die Kautionspflicht dahin (50). Kommt es aber gestützt auf diesen im Betreibungsregister fälschlicherweise noch nicht gelöschten Eintrag zu einer Kautionsauflage zulasten des Schuldners, so hat dieser für die damit verbundenen prozessualen Umtriebe einzustehen, denn es wäre seine Sache gewesen, die entsprechende Löschung zu veranlassen (51).

c. Umfang der Kautionsbestimmung

Die Praxis versuchte zur Kautionsbegründung auch schon bei einem provisorischen Verlustschein nicht auf dessen betreibungsrechtliche Wirkung, sondern auf die darin manifestierte Vermutung der Zahlungsunfähigkeit abzustellen. Diese Zahlungsunfähigkeit gehe allein schon aus dem provisorischen Verlustschein hervor, ein allfälliges Verwertungsbegehren trage dazu nichts mehr bei, weshalb auch der mangels Verwertungsbegehren dahingefallene provisorische Verlustschein in analoger Anwendung von § 73 Ziff. 2 ZPO resp. 59 Ziff. 2 ZPO zur Kautionsbegründung heranzuziehen sei (52). Dies führt jedoch zu einer vom Wortlaut von § 73 Ziff. 3 ZPO nicht mehr gedeckten Anwendung der Kautionsbestimmung (53).

Überzeugendere Momente finden sich jedoch für einen Rückgriff auf § 73 Ziff. 2 ZPO bei der Ausstellung eines definitiven Verlustscheines in einer leeren Pfändungsurkunde. Ein Verwertungsbegehren entfällt hier, da es nichts zu verwerten gibt. Kann

49) ZR 72 Nr. 23, 57 Nr. 64, 41 Nr. 133 S. 361.

50) ZR 67 Nr. 49, 53 Nr. 40.

51) ZR 67 Nr. 49.

52) Offen gelassen in ZR 57 Nr. 64, wo jedoch der provisorische Verlustschein nach Art. 115 Abs. 2 SchKG mit der in ZR 41 Nr. 133 behandelten leeren Pfändungsurkunde nach Art. 115 Abs. 1 SchKG gleichgesetzt wird; vgl. dazu Affolter, S. 79, Anm. 1.

53) Sträuli/Messmer wollen jedoch damit in N 18 zu § 73 ZPO eine sonstige Zahlungsunfähigkeit i.S. von § 73 Ziff. 3 a.E. begründen.

nun der Schuldner diesen Verlustschein innerhalb der 5-jährigen Frist von Ziff. 2 löschen, so verbietet sich dem Wortlaut nach eine Kautionsauflage. Ein Verlustschein besteht nicht mehr, und eine Verwertung musste notgedrungen ermassen unterbleiben. Vom Wortlaut her ergibt sich keine Grundlage mehr für eine Kautionsauflage. Die Praxis hat sich an diesem Spezialfall gestossen und eine analoge Anwendung von § 59 Ziff. 2 aZPO verlangt (54). Es sei nicht einzusehen, weshalb für eine Kautionsauflage der Schuldner, gegen den ein provisorischer Verlustschein durch eine leere Pfändungsurkunde vorliege, und gegen den gerade wegen seiner totalen Insolvenz keine Verwertungsanordnung gestellt werden konnte, besser gestellt sein soll, als ein Schuldner, der noch über gewisse pfändbare Aktiven verfügte. Das Kassationsgericht hat jedoch diese analoge Anwendung von § 73 Ziff. 2 zumindest nicht als klares Recht anerkannt (55).

Auch das Vorliegen von Verlustscheiden aus Steuerforderungen des Ehemannes kann für die Ehefrau selber noch keine Kautionspflicht begründen (56).

Gleiches gilt, solange sich ein Verlustschein der Ehefrau lediglich auf ihr Sondergut bezieht, die von ihr eingeleitete Klage jedoch eingebrachtes Gut oder eine Vollschuld erfasst (57).

2. Pfandausfallscheine

a. Gesetzliche Grundlage

Erfasst die Betreibung auf Pfändung das gesamte Vermögen des Schuldners, so hat die Betreibung auf Pfandverwertung lediglich die Exekution eines Spezialvermögens, des Pfandes, zum Ziel. Versucht der Gläubiger nun, sich am Pfand für die Hauptforderung zu befriedigen und kommt dabei zu einem Verlust, so wird dieses Nichtgenügen des Pfandes in einem Pfandausfallschein verurkundet (58). Damit steht

54) ZR 41 Nr. 133.

55) ZR 72 Nr. 23 = SJZ 70 S. 24.

56) SJZ 39 S. 83.

57) Affolter, S. 80 Anm. 2; ZR 57 Nr. 64.

58) Art. 158 Abs. 1 SchKG. Formular 42 hält dabei fest, dass entweder eine Verwertung des Pfandes wegen ungenügendem Angebot nicht stattfinden konnte (Art. 126 Abs. 2 SchKG) oder, dass zum vornherein ein Zuschlag nicht möglich war und deshalb auf Antrag des Gläubigers von der Verwertung abgesehen wurde (Art. 127 SchKG).

aber noch nicht fest, ob der Gläubiger endgültig zu Verlust kommen wird. Der Pfandausfallschein gibt ihm ja ein direktes Zugriffsrecht auf das gesamte Vermögen des Schuldners, um sich damit für den ungedeckten Teil seiner Forderung schadlos halten zu können (59). Obwohl somit der Pfandausfallschein lediglich die ungenügende Deckung aus einem Teil des schuldnerischen Vermögens dokumentiert, stellt § 73 Ziff. 3 ZPO den Pfandausfallschein dem Verlustschein gleich, denn es ist anzunehmen, dass ein Schuldner, der seinem Gläubiger ein unzureichendes Pfand bestellt hat, und dessen Verwertung zulassen musste, sich in derartigen finanziellen Schwierigkeiten befindet, dass seine Zahlungsfähigkeit als höchst gefährdet erscheint (60).

b. Massgebender Zeitpunkt

Hier ergeben sich keine weiteren Schwierigkeiten, die Kautionspflicht setzt mit Ausstellung des Pfandausfallscheines ein und bleibt bestehen, bis dieser gelöscht wird.

c. Umfang der Kautionsbestimmung

In § 73 Ziff. 3 ZPO wird der Pfandausfallschein schlechthin als Kautionsgrund aufgeführt. Dies bringt es mit sich, dass auch der Pfandausfallschein, der selber die in einer Aberkennungsklage im Streite liegende Forderung enthält, als Kautionsgrund heranzuziehen ist (61).

Liegt jedoch ein Pfandausfallschein zulasten eines Gesamtvermögens, wie bei einer Erbengemeinschaft oder bei einer Kollektivgesellschaft vor, so geht die darin begründete Kautionspflicht für das Gesamtvermögen nicht auch auf die einzelnen Erben oder Gesellschafter über (62).

59) Art. 158 Abs. 2 SchKG.

60) Affolter, S. 38.

61) ZR 60 Nr. 58, 36 Nr. 92 = SJZ 34 S. 14; a.M. ZR 26 Nr. 71 und Affolter, S. 79.

62) ZR 42 Nr. 52 lit. e.

IV. SONSTIGE ZAHLUNGSUNFÄHIGKEIT ALS KAUTIONSGRUND

1. Der Begriff „Zahlungsunfähigkeit“

Die Bedenken gegen die Einführung dieses allgemeinen Auffangtatbestandes wurden schon vorgelegt (63). Neben den 10 klaren betreibungsrechtlichen Begriffen vermag dieser unbestimmte Begriff nicht zu bestehen.

Bei der Neufassung von § 73 ZPO hätte dies, wenn es der Annahme der sonstigen Zahlungsunfähigkeit als Kautionsgrund überhaupt bedurft hätte, richtigerweise mit einer exemplikativen Enumeration geschehen müssen (64). Die nun gewählte Stellung am Ende von Ziff. 3 lässt daher zumindest auf einen sehr beschränkten Geltungsbereich der sonstigen Zahlungsunfähigkeit als Kautionsgrund schliessen.

Nachdem die in der mangelnden Zahlungsunfähigkeit des Klägers begründeten Kautionsstatbestände alle ihre Bestimmungen durch betreibungsrechtliche Begriffe erfahren haben, ist auch für den Geltungsbereich der sonstigen Zahlungsunfähigkeit auf die gesetzliche Terminologie zurückzugreifen. So setzt sich Art. 190 Ziff. 2 SchKG, der dem Gläubiger bei Einstellung der Zahlung durch den Schuldner das Recht zur direkten Konkurseröffnung zugesteht, mit der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners auseinander. Obwohl Fritzsche darauf hinweist (65), dass in der Gesetzesredaktion zur Erleichterung des Gläubigers bewusst die aus äusserlichen Merkmalen sich er-

63) Vgl. vorne S. 76.

64) „Die Partei, welche, hat Kaution zu leisten:
1. Wenn sie in der Schweiz keinen Wohnsitz hat. Vorbehalten bleiben all-
fällige Staatsverträge.
2. Wenn sie zahlungsunfähig ist. Dies ist insbesondere anzunehmen,
wenn“

65) Bd. II, S. 31.

gebende Zahlungseinstellung anstelle der Zahlungsunfähigkeit gewählt wurde, fordert die Praxis für die Annahme dieser Zahlungseinstellung mehr als eine momentane Überschuldung. Verlangt wird eine dauernde Zahlungseinstellung. Es wird eine äusserliche Manifestierung der nicht bloss vorübergehenden, sondern dauernden Zahlungsunfähigkeit durch den Schuldner selbst verlangt (66). Im Verfahren vor Bundesgericht ist nach Art. 150 Abs. 2 OG der erweislich zahlungsunfähige Rechtsmittelkläger sicherstellungspflichtig für die Kosten der Gegenpartei. Entscheide dazu sind kaum publiziert; das Ersuchen um gerichtliche Nachlassstundung wird jedenfalls als Eingeständnis der Zahlungsunfähigkeit gewertet (67). Aufschlussreich ist auch, wie die Zahlungsunfähigkeit einer Partei zweiseitige Vertragsverhältnisse zu beeinflussen vermag. Die in Art. 83 OR getroffene Regelung, wonach der Gläubiger seine Leistung zurückhalten darf, kann jedoch nicht schlechthin dem Partei-verhältnis im Zivilprozess gleichgestellt werden. Die Vertragsbeziehungen bedürfen eines wesentlich höheren Schutzes. Umso bemerkenswerter ist es deshalb, wenn auch hier in der Lehre erst Konkurs, fruchtlose Pfändung, Ausstellung eines provisorischen Verlustscheines und Eröffnung des Nachlassverfahrens als hauptsächlicher Nachweis für die Zahlungsunfähigkeit genannt werden (68).

Auch bei Art. 496 Abs. 1 OR, der die Inanspruchnahme des Solidarbürgen bei offenkundiger Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners regelt, finden dieselben Kriterien zur Bestimmung dieser offenkundigen Zahlungsunfähigkeit Anwendung (69).

Diese Auseinandersetzung zeigt, dass aus dem Begriff der sonstigen Zahlungsunfähigkeit im Sinne von § 73 Ziff. 3 ZPO vorerst nichts herausgelesen werden kann, was nicht sonst in den übrigen kautionsbegründenden Kriterien von § 73 ZPO Aufnahme gefunden hätte (70).

66) BGE 85 III 155; ZR 38 Nr. 130.

67) BGE 79 III 304 E.3.

68) von Tuhr/Escher, S. 66 Anm. 60; Becker, N 1 zu Art. 83 OR.

69) S. Givanoli, Kommentar, Bern 1978, N 22 zu Art. 496 OR.

70) In diesem Sinn auch ZBJV 87 (1951) S. 448, wo festgehalten wird, dass Mittellosigkeit noch nicht Zahlungsunfähigkeit bedeutet; ebenso Sträuli/Hauser, Anm. 12 zu § 59 aZPO und dortige Zitate.

2. Der provisorische Verlustschein nach provisorischer Pfändung als Nachweis der sonstigen Zahlungsunfähigkeit

a. Gesetzliche Grundlagen

War unter I. vom provisorischen Verlustschein die Rede, so erfasste dies lediglich den aus einer definitiven Pfändung im Sinne von Art. 115 Abs. 2 SchKG hervorgehenden Verlustschein. Erfolgt die Pfändung definitiv, so steht damit fest, dass der Schuldner gegen den Bestand der geltend gemachten Forderung nichts einzuwenden hat. Dies trifft jedoch bei der provisorischen Pfändung nicht mehr zu. Der Schuldner hat gegen die Betreibung Rechtsvorschlag erhoben, dieser wurde beseitigt, und der Schuldner hat darauf eine Aberkennungsklage angestrengt. Trotz Bestehen dieser Aberkennungsklage kann der Gläubiger ein Fortsetzungsbegehren stellen (71), und es kommt darauf zu einer provisorischen Pfändung. Im Gegensatz zur definitiven Pfändung ist es jedoch dem Gläubiger verwehrt, schon gestützt auf diese provisorische Pfändung die Verwertung zu verlangen (72). Die Pfändungsurkunde einer provisorischen Pfändung vermag auch nicht die Wirkung eines provisorischen oder gar definitiven Verlustscheines im Sinne von Art. 115 SchKG zu entfalten (73). Der Gläubiger käme damit, obwohl der Schuldner sich zur Wehr setzt und des Gläubigers Berechtigung bestreitet, zur Legitimation für Anfechtungsklagen. Dies geht jedoch zu weit. Der Dritte sähe sich plötzlich mit Angriffen eines Gläubigers konfrontiert, über dessen materielle Berechtigung noch gar nicht rechtskräftig entschieden ist. Es steht somit fest, dass eine bei provisorischer Pfändung ausgestellte Pfändungsurkunde nicht als provisorischer oder definitiver Verlustschein im Sinne von Art. 115 SchKG bezeichnet werden kann (74).

b. Massgebender Zeitpunkt

Die provisorische Pfändungsurkunde nach provisorischer Pfändung kann erstmals bei erteilter Rechtsöffnung nach Ablauf der Zahlungsfrist verlangt werden. Sie bleibt bestehen, bis über die schuldnerische Aberkennungsklage endgültig entschieden worden ist.

71) Art. 83 Abs. 1 SchKG.

72) Art. 118 SchKG und Art. 83 Abs. 3 SchKG; BGE 92 III 55 = PR 56 Nr. 12.

73) BGE 83 III 19.

74) BGE 76 III 1 = PR 39 Nr. 72.

c. Umfang der Kautionsbestimmung

Die Praxis hat die aus einer provisorischen Pfändung hervorgehende provisorische Pfändungsurkunde in verschiedenen Entscheidungen zur Begründung einer Kautionspflicht verwendet.

So hat das Gesamtobergericht entschieden, dass eine Kautionspflicht auch bestehe, „wenn der provisorische Verlustschein aus einer Pfändung für die Forderung entsteht, die Gegenstand der Aberkennungsklage ist“ (75). Zur Begründung wird dabei angeführt, dass die definitive Pfändung im Sinne von Art. 112 ff SchKG sich von der provisorischen Pfändung nach Art. 83 SchKG nur in der Wirkung, nicht jedoch in ihrem Umfang unterscheidet. Stellt nämlich der Betreibungsbeamte fest, dass nicht genügend Vermögenswerte zur Deckung der Forderung vorhanden sind, so geschieht dies auf genau dieselbe Art bei der provisorischen Pfändung wie bei der definitiven Pfändung. Beiden Pfändungen liegt dieselbe Schätzung zugrunde; für beide Fälle ist deshalb noch unsicher, inwieweit der Gläubiger ungedeckt bleiben wird. Bei der provisorischen Pfändung ist zwar zuerst zu entscheiden, ob der Gläubiger überhaupt zur Geltendmachung dieser Forderung berechtigt ist. Die Vermögenslage des Schuldners ist aber in beiden Fällen genau gleich schlecht. Von daher mag es gerechtfertigt erscheinen, diese provisorische Pfändungsurkunde in ihrer Wirkung für eine Kautionsauflage einem provisorischen Verlustschein gleichzusetzen. Das Gesamtobergericht kommt jedoch in diesem Entscheid in einer zweiten Begründung fälschlicherweise dazu, diese, das vollständige oder teilweise Ungenügen des schuldnerischen Vermögens feststellende provisorische Pfändungsurkunde als provisorischen Verlustschein zu bezeichnen. Dies ist – wie eben gezeigt – aber falsch.

Immerhin gibt die dazu vorgelegte Begründung des Gesamtobergerichtes einen interessanten Einblick in die Entstehungsgeschichte der nun vorliegenden Formulierung. So sah die regierungsrätliche Vorlage vom 20. Juni 1932 eine Kautionspflicht vor, wenn auf den Kläger Verlustscheine bestanden, sofern es sich nicht um eine Aberkennungsklage handelte, welche die Aberkennung der Forderung, für die der

75) ZR 36 Nr. 92 = SJZ 34 S. 14.

Verlustschein bestand, zum Gegenstand hatte (76). Aus der Weglassung dieser Einschränkung schloss das Gesamtobergericht dann, der provisorische Verlustschein sei allgemein als Kautionsgrund zuzulassen.

Nachdem nun BGE 76 III 3 die erwähnte Präzisierung des Begriffes provisorischer Verlustschein mit sich brachte, hatten Obergericht und Kassationsgericht auf diese Begründung zurückzukommen (77). Auch wenn die bisherige Begründung vor der überzeugenden Argumentation des Bundesgerichtes nicht mehr bestehen könne, so sei dennoch an der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten. Massgebend sei nicht der betreibungstrechtliche Begriff des provisorischen Verlustscheines, sondern derjenige nach § 59 Ziff. 3 aZPO. Der Begriff provisorischer Verlustschein sei deshalb ausdehnend, nach der ratio legis, zu interpretieren und erfasse deshalb auch die provisorische Pfändungsurkunde, da diese ebenfalls einen vollen oder zumindest teilweisen Verlust des Gläubigers beurkunde. Obergericht und Kassationsgericht haben in der Folge diese Entscheide bestätigt (78).

Ohne dass dies zwar dem Expertenprotokoll zu entnehmen wäre (79), führen nun Sträuli/Messmer (80) die Einführung der sonstigen Zahlungsunfähigkeit als Kautionsgrund unter anderem auf die im Zusammenhang mit der provisorischen Pfändungsurkunde auftretenden dogmatischen Schwierigkeiten zurück, und lassen dafür eine analoge Anwendung von Ziff. 3 (provisorischer Verlustschein) oder Ziff. 2 (Verwertungsanordnung) nicht mehr gelten. Sie werten aber eine Pfändungsurkunde, die nach provisorischer Pfändung mangelnde Deckung verkündet, als Indiz für eine sonstige Zahlungsunfähigkeit.

d. Kritik

Es ist zu begrüßen, dass die unhaltbare Behandlung der provisorischen Pfändungsurkunde als „provisorischer Verlustschein im Sinne der Kautionsbestimmungen“ nicht mehr weiter toleriert wird. Es geht nicht an, sich zur Bestimmung der die

76) ZR 36 Nr. 92.

77) ZR 51 Nr. 152 und 153 = SJZ 49 S. 28.

78) ZR 64 Nr. 3.

79) Vgl. Prot. EK S. 66.

80) N 18 zu § 73 ZPO.

Kautionspflicht begründenden Zahlungsunfähigkeit betreibungsrechtlichen Begriffen zu bedienen, nur um ihnen doch wieder einen anderen, die Kautionsauflage möglichst begünstigenden Sinn zu geben.

Da jedoch die provisorische Pfändungsurkunde, auf dieselbe Art wie der provisorische Verlustschein das Ungenügen des schuldnerischen Vermögens beurkundet, scheint es aber gerechtfertigt, aus beiden Fällen eine Kautionspflicht zu begründen. Daran kann auch die Tatsache, dass bei der provisorischen Pfändungsurkunde des Gläubigers materielle Berechtigung noch nicht endgültig feststeht, nichts ändern. Der Gläubiger war ja immerhin in der Lage, seinen Anspruch anhand einer öffentlichen Urkunde oder einer unterschriftlichen Schuldanerkennung des Schuldners zu belegen. Dem mit der Aberkennungsklage in die Klägerrolle gedrängten Schuldner zur Zulassung seiner Abwehr eine Kautionspflicht aufzuerlegen, mag zwar grundsätzlichen Bedenken rufen, denn die Abwehr einer Klage sollte ja nicht von der Leistung einer Kautionspflicht abhängen (81). Diese Bedenken haben jedoch vor den eben erwähnten Eigenheiten der Aberkennungsklage zurückzutreten. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass viele Aberkennungsklagen lediglich aus trölerischen Gründen erhoben werden (82). Die aus der provisorischen Pfändungsurkunde mit ungenügender Deckung hervorgehende Kautionspflicht ist somit gerechtfertigt. Ob es jedoch deshalb der Schaffung eines generellen Auffangtatbestandes bedurft hätte, bleibt zumindest fraglich.

3. Mangels Verwertungsbegehren gelöschter provisorischer Verlustschein als Nachweis der sonstigen Zahlungsunfähigkeit

a. Gesetzliche Grundlage

Wurde innert Frist kein Verwertungsbegehren gestellt, so fällt die Betreibung dahin. Der nach einer definitiven Pfändung ausgestellte provisorische Verlustschein wird – ohne dass dazu ein Antrag des Schuldners erforderlich wäre – gelöscht (83).

81) vgl. vorne S. 9.

82) Fritzsche, Bd. I, S. 154.

83) vgl. vorne S. 84.

Immerhin konnte der Betreibungsbeamte anlässlich der Pfändung feststellen, dass der Schuldner zur Erfüllung der betriebenen Forderung nur noch zu einem Teil über die erforderlichen Mittel verfügt. Dies vermag aber nach Erlöschen der Betreibung eine Kautionspflicht noch nicht zu rechtfertigen – zumindest nicht durch Anwendung von Ziff. 2 (Verwertungsanordnung) und Ziff. 3 (provisorischer Verlustschein). Sträuli/Messmer folgen dieser Ansicht, wollen jedoch den mangels Verwertungsbegehren gelöschten provisorischen Verlustschein als Indiz für eine sonstige Zahlungsunfähigkeit werten (84).

b. Kritik

Auch Sträuli/Messmer sind sich jedoch nicht im klaren, bis wie weit zurück ein derartiger gelöschter provisorischer Verlustschein als Kautionsgrund zu gelten hat (85). Hier zeigt sich nun das Ungenügen der Gesetzesrevision, die den Auffangtatbestand der sonstigen Zahlungsunfähigkeit lediglich für einige konkrete Fälle zur Anwendung bringen will. Was hat als „nicht weit zurück“ zu gelten? Wann kann, wann muss ein gelöschter provisorischer Verlustschein als Kautionsgrund gelten? Diese offenen Fragen bringen einen unerwünschten Ermessensspielraum.

4. Wiederholte Konkursandrohung als Nachweis der sonstigen Zahlungsunfähigkeit

Sträuli/Messmer führen als weiteres Indiz zur sonstigen Zahlungsunfähigkeit das Vorliegen von wiederholten Konkursandrohungen an (86).

a. Gesetzliche Grundlagen

20 Tage nach Zustellung des Zahlungsbefehls kann der Gläubiger, sofern vom Schuldner nicht Recht vorgeschlagen wurde, verlangen, dass dem der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner der Konkurs angedroht wird (87). Diese Kon-

84) N 18 zu § 73 ZPO.

85) „Liegt er zeitlich nicht weit zurück, so kann er einen Nachweis der Zahlungsunfähigkeit sein.“ (N 18 zu § 73 ZPO).

86) N 18 zu § 73 ZPO.

87) Art. 159 SchKG.

kursandrohung ist dem Schuldner 3 Tage nach Eingang des Begehrens zuzustellen (88). Sie enthält unter anderem auch den Hinweis, dass der Gläubiger nach weiteren 20 Tagen das Recht hat, beim Gericht gegen den Schuldner das Konkursbegehren zu stellen (89).

b. Kritik

Auch gegen die Annahme, wiederholte Konkursandrohungen seien als Indiz einer sonstigen Zahlungsunfähigkeit im Sinne von § 73 Ziff. 3 ZPO zu werten, sprechen gewichtige Gründe. Auch hier wird, wie schon bei dem mangels Verwertungsbegehren gelöschten provisorischen Verlustschein, dem Ermessen zu viel Raum gelassen. Sind zwei Konkursandrohungen schon wiederholte Konkursandrohungen? Wenn ja, dann in welchem Zeitraum? Auch von daher zeigt sich, dass wiederholte Konkursandrohungen nicht in das klare Gefüge der übrigen Kautionsstatbestände passen.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass in Ziff. 2 von § 73 ZPO die Verwertungsanordnung als kautionsbegründender Tatbestand aufgeführt wird. Die Verwertungsanordnung leitet, wie gezeigt (90), in der Betreibung auf Pfandverwertung das Verwertungsverfahren ein.

Die Verwertungsanordnung ist somit der letzte Schritt des Gläubigers, bevor es zur Exekution des ge- oder verpfändeten Vermögenswerts kommt. Nicht so die Konkursandrohung; erst das vom Gläubiger nach der Konkursandrohung zu stellende Konkursbegehren stellt das letzte Tätigwerden des Gläubigers vor der Konkurseröffnung dar. Deshalb müsste der Schuldner, der schon wiederholt Konkursbegehren gegen sich ergehen lassen musste, und immer erst im letzten Moment die Gläubiger zu befriedigen oder zum Rückzug bewegen konnte, als kautionspflichtig erklärt werden. Wäre dem so, so hätte dieser Kautionsstatbestand jedoch im Sinne einer systematischen Gliederung neben der Verwertungsanordnung in Ziff. 2 von § 73 ZPO Erwähnung finden müssen.

88) Art. 161 SchKG.

89) Art. 160 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG.

90) vgl. vorne S. 79.

Da dies nicht geschehen ist, geht es nun nicht an, über den Begriff der sonstigen Zahlungsunfähigkeit einen Schuldner unter diesen Umständen als kautionspflichtig zu erklären.

5. Zukünftige Zahlungsunfähigkeit

Wie zu zeigen sein wird (91), hat der Kautionsgrund im Zeitpunkt des Beschlusses über diese Sicherstellungspflicht vorzuliegen. Es kann deshalb eine Kautionspflicht auch nicht damit begründet werden, die Aufwendungen für den angestrengten Prozess würden die finanziellen Möglichkeiten des zur Zeit zwar noch nicht kautionspflichtigen Klägers überschreiten, denn mit dieser Argumentation würde eine erst zukünftige, eventuell mögliche Zahlungsunfähigkeit als Rechtfertigung für eine Kautionsauflage herangezogen. Dies geht jedoch nicht an (92).

6. Zusammenfassung

Die Auseinandersetzung mit dem Begriff sonstige Zahlungsunfähigkeit hat somit – abgesehen von der ungedeckten provisorischen Pfändungsurkunde – keine Erweiterung der kautionsbegründenden Tatbestände mit sich gebracht. Dieser eine, neu erfasste Kautionsstatbestand wäre nun aber viel eher in einer speziellen Regelung zu umschreiben gewesen. Die nun vorliegende Fassung von § 73 Ziff. 3 ZPO kann die Gerichte dazu veranlassen, in der Begründung für eine Kautionspflicht mit einem allgemeinen Überschuldungsbegriff (93) zu argumentieren. Dagegen spricht jedoch schon die sich sonst auf einzelne klare betreibungsrechtliche Begriffe abstützende Kautionsregelung von § 73 ZPO (94). Die sonstige Zahlungsunfähigkeit ist deshalb nur mit grösster Zurückhaltung als Fundament für eine Kautionspflicht heranzuziehen.

91) vgl. hinten S. 134.

92) Leuch, N 10 zu Art. 71 ZPO.

93) So geschehen im Beschluss des HGer. vom 6. März 1978 i.S. S. c. S AG und W, der sich zwar richtig mit der „amministrazione controllata“ des italienischen Rechtes auseinandersetzt und sie als im wesentlichen mit der schweizerischen Nachlassstundung übereinstimmend bezeichnet, dann jedoch fortfährt, auch wenn dem nicht so wäre, so lasse die auch nur zeitweilige Liquiditätsschwierigkeit die Klägerin zumindest als zahlungsfähig i.S. von § 73 Ziff. 3 a.E. erscheinen.

94) vgl. oben S. 76.

V. KOSTENSCHULD

1. Gesetzliche Grundlagen

a. Kosten

Die Kostenregelung ergibt sich aus den Grundsätzen der § 62 ff ZPO (95). Die Kostenaufgabe hat zusammen mit dem Endentscheid zu erfolgen (96). Zwischenentscheide sind mit einem Kostendispositiv zu versehen, soweit sie einen endgültigen Entscheid über einen Streitpunkt enthalten (97). Für die Bezahlung der darin auferlegten Kosten hat jene Partei einzustehen, der sie rechtskräftig auferlegt wurden (98). Einzuziehen sind diese Gerichtskosten durch die Gerichtskanzlei (99).

b. Bussen

Im Zivilprozess auftretende Parteien treffen auch Ordnungspflichten, nicht nur gegenüber dem Gericht, sondern auch im gegenseitigen Verhältnis (100). Ein Verstoß gegen diese prozessualen Pflichten kann disziplinarisch geahndet werden. Grundlage dazu bildet das Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen (101). Auszufällen ist eine derartige Strafe durch den Vorsitzenden der Gerichtsabteilung, den Einzelrichter oder den Referenten (102). Der Einzug einer Gerichtsbusse obliegt wiederum der Gerichtskanzlei (103).

95) für die Zusammensetzung der Gerichtskosten vgl. vorn S. 3.

96) § 157 Ziff. 10 GVG

97) Hauser/Hauser, N 3 zu § 222 aGVG.

98) § 67 Abs. 1 ZPO.

99) § 204 Abs. 1 GVG.

100) — keine bös- oder mutwillige Prozesse, § 50 ZPO;
— Wahrheitspflicht bei persönlicher Befragung, § 149 Abs. 2 ZPO;
— Bekanntgabe sämtlicher Angriffs- und Verteidigungsmittel in der Referentenaudienz, § 118 Abs. 1 ZPO;
— Pflicht zum persönlichen Erscheinen, § 198 GVG;
— Verletzung des Anstandes, § 2 Ziff. 3 des Gesetzes betreffend die Ordnungsstrafen;

vgl. dazu auch Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrechts, S. 187 ff.

101) vom 30. Oktober 1866 (ZG 6 S. 111).

102) § 125 GVG.

103) § 204 Abs. 1 GVG.

Die Ordnungsbusse stellt einen selbständigen Disziplinarentscheid dar, der vom weiteren Verlauf des Verfahrens nicht tangiert wird. Die Ordnungsbusse kann deshalb als endgültiger Entscheid über einen Nebenpunkt (104) bezeichnet werden.

2. Massgebender Zeitpunkt

Fällig ist eine Gerichtskostenschuld nicht schon mit Ausfällen des Urteiles oder mit Zustellung desselben, sondern erst durch die Zustellung der Rechnung. Erst daraus kann der geschuldete Betrag frankenmässig genau herausgelesen werden, denn das Dispositiv legt ja in der Regel nur die anteilmässige Aufschlüsselung der Kosten fest (105). Im Gegensatz zu § 273 aGVG, der für den Kostenbezug grundsätzlich eine zweimonatige Frist vorschrieb, fehlt heute eine derartige Bestimmung. Es kann davon ausgegangen werden, dass der kostenpflichtigen Partei eine Zahlungsfrist von 30 Tagen nach Rechtskraft des Entscheides zusteht (106). Dasselbe sollte für Bussen gelten.

Gerichtskostenforderungen unterliegen der 10jährigen Verjährung und sind unverzinslich (107). Die Verjährung von Bussen ist unklar. In einem Kommentar wird darauf hingewiesen, dass eine spezielle Regelung der Strafverjährung im Ordnungsbussengesetz nicht vorgenommen wurde, die Praxis diese jedoch auf ein Jahr festgesetzt habe (108).

Ende 1977 betrug laut RB das Total aller ausstehenden Rechnungen und Bussen bei den Bezirksgerichten, Handelsgerichten und Obergerichten nahezu 8 Millionen Franken (109).

3. Umfang der Kautionsbestimmung

Auch die Kautionsbestimmung von § 73 Ziff. 4 ZPO erfuhr eine Erweiterung. Neu ist, dass nicht nur Schulden aus einem Zivilverfahren, sondern auch aus einem Ver-

104) SJZ 49 S. 31; ZR 45 Nr. 78.

105) Isler, S. 50.

106) Hauser/Hauser, Anm. 5 zu § 237 aGVG.

107) so jetzt ausdrücklich § 205 GVG; Hauser/Hauser, Anm. VI. 1. und 4. zu Gebühren, Gerichtskosten, Besoldung vor § 222 aGVG.

108) E. Klaus, Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen, Kommentar, Zürich 1937, S. 35.

109) RB 1978, S. 145, Tabelle Nr. 76.

waltungsverfahren zur Kautionsauflage berechtigen (110). Zudem wurde der zu unbestimmte, und deshalb zu verschiedenen Interpretationen Anlass gebende Begriff, „von früher her“ geschuldete Kosten, durch die klare Formulierung der Kostenschuld „aus einem erledigten und nicht mehr weiterziehbaren Verfahren“ ersetzt.

Nachdem alle übrigen, aus der Zahlungsunfähigkeit der klagenden Partei hervorgehenden Kautionsgründe auf betreibungsrechtlichen Begriffen beruhen, mithin die Zwangsvollstreckung des Anspruches schon eingesetzt hat, legt das Gericht in eigener Sache härtere Massstäbe an. Zur Begründung der Kautionspflicht genügt es schon, wenn die Zahlung von Gerichtskosten nicht fristgemäss, d.h. nicht innert 30 Tagen erfolgt. Die Einleitung einer Betreibung, oder gar das Erreichen einer bestimmten Stufe innerhalb des Vollstreckungsverfahrens ist nicht erforderlich. Wie oben gezeigt (111), lässt sich diese strenge Regelung jedoch geschichtlich rechtfertigen. Seit jeher stellte die Nichtbezahlung von Gerichtskosten einen Kautionsgrund dar. Auch heute noch findet die Mehrzahl der Kautionsauflagen in § 73 Ziff. 4 ZPO ihre Begründung.

a. In zeitlicher Hinsicht

aa. Nachweis der Rechnungsstellung

Es ist Sache des Gerichtes, nachzuweisen, dass die Rechnung, die ja erst den frankemässig genau bezifferten Betrag ausweist, der zahlungspflichtigen Partei zugekommen ist (112). Erst mit dieser Zustellung beginnt ja die Zahlungspflicht zu laufen (113). Erfolgt die Zahlung nicht innerhalb dieser 30-tägigen Frist, so tritt die Kautionspflicht ein (114). Während dieser Zahlungsfrist ist die pflichtige Partei somit ungehindert zu neuen Verfahren zuzulassen (115).

-
- 110) umgekehrt lässt § 15 Abs. lit. b VRG die Kautionspflicht im Verwaltungsverfahren auch in der Schuld von Gerichtskosten begründen.
111) Vgl. vorne S. 73.
112) ZR 49 Nr. 14 lit. b.
113) ZR 42 Nr. 52 lit. i.
114) ZR 42 Nr. 52 lit. k.
115) ZR 49 Nr. 14 lit. a.

bb. Massgebender Zeitpunkt für die Kautionsauflage

Für die Kautionsauflage ist nicht auf den Moment der Rechtshängigkeit der Klage abzustellen, sondern auf den Tag der Beschlussfassung des Gerichtes (116). Erfolgt die Zahlung noch spätestens bis zu diesem Tag der Beschlussfassung, so fehlt es an der Grundlage zur Kautionspflicht (117). Leistet die als kautionspflichtig erklärte Partei ihre Zahlung jedoch erst nach der Beschlussfassung, so kann sie damit den Eintritt ihrer Kautionspflicht nicht mehr hindern (118).

cc. Stundung

Stundung der Gerichtskosten oder Einräumung der Ratenzahlung können die Kautionspflicht nicht beseitigen (119).

dd. Verjährung der Gerichtskosten

Die Praxis stellt sich auf den Standpunkt, auch verjährte Kostenforderungen könnten immer noch eine Kautionspflicht begründen, da die Forderung als solche ja nicht erloschen sei (120). Hält man sich dazu noch ein Sachverhalt, wie in ZR 70 Nr. 27 dargestellt (121), vor Augen, so erweist sich eine derart rigorose Anwendung der an sich schon strengen Bestimmung von § 73 Ziff. 4 ZPO als verfehlt – zumindest solange das Gericht den Eintritt der Verjährung seiner Forderung der eigenen Untätigkeit und nicht der Unauffindbarkeit des Schuldners zuschreiben muss.

116) Sträuli/Hauser, Anm. 6 zu § 59 aZPO; ZR 49 Nr. 14, 40 Nr. 28, 37 Nr. 59, 28 Nr. 175.

117) unpubl. Beschluss 1. Ziv. K. OGer. M c. S und F AG vom 10.1.1977; wie beim ausgelösten aber nicht gelöschten Verlustschein hat jedoch auch hier der Schuldner die Kosten für diese unangebrachte Kautionsauflage zu übernehmen, vgl. vorn S. 85.

118) SJZ 44 S. 126; ZR 40 Nr. 128.

119) SJZ 49 S. 31; ZR 42 Nr. 52 lit. h.

120) ZR 70 Nr. 27; sowie unpubl. Beschluss L. Ziv. K. OGer. vom 10.6.1977 i.S. A.c.S.

121) Der Kläger leitete seine Klage 1969 ein. Das Gericht hielt ihm eine Kostenschuld von Fr. 223.35 aus dem Jahre 1958 entgegen. Während dieser Zeit hatte der Kläger jedoch mehrere Rechnungen des Gerichtes bezahlt, ohne je auf diese noch offene Rechnung aufmerksam gemacht worden zu sein.

b. In verfahrensrechtlicher Hinsicht

aa. Kostenschuld aus vorsorglichen Massnahmen

Schon unter der Regelung von § 59 Ziff. 4 aZPO hat die Praxis die Kostenschuld aus einem Verfahren für vorsorgliche Massnahmen bei Einleitung des Hauptverfahrens als von früher her geschuldete Kosten betrachtet, und bei Nichtbegleichung derselben, dies zum Anlass einer Kautionsauflage genommen (122). Daran hat sich auch mit der heute geltenden Formulierung des erledigten und nicht mehr weiterziehbaren Verfahrens nichts geändert. Das Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen ist ein selbständiges Verfahren, für das ebenso ein selbständiger Rechtsweg offen steht (123). Sind die vorsorglichen Massnahmen dem Kläger zugestanden worden, so muss dieser, um der damit zugesprochenen Vorteile nicht verlustig zu gehen, den ordentlichen Prozess einleiten.

Wohl hat der Kläger darin wieder denselben Anspruch geltend zu machen, die ordentliche Klage hat aber ihr eigenes Schicksal. Deshalb rechtfertigt sich auch eine getrennte Behandlung dieser beiden Verfahrensstadien im Hinblick auf eine allfällige Kautionspflicht (124).

Diese Argumente haben auch für das Rechtsöffnungsverfahren, die provisorischen Massnahmen bei Bauhandwerkerpfandrechten und bei der Arrestaufhebungsklage ihre Gültigkeit.

122) ZR 51 Nr. 153 lit. b. und c., ZR 42 Nr. 52 lit. g und i; SJZ 44 S. 126; a.M. unpubl. Beschluss 1. Ziv. K. OGer. i.S. Eheleute B.-L. (zitiert nach SJZ 44 S. 126).

123) So auch BGE 103 II 120 im Hinblick auf Art. 87 OG.

124) ZR 51 Nr. 153 lit. b; unpubl. Beschluss Kass. Ger. vom 9.10.1978 i.S. G. c. S. AG, dem folgender Sachverhalt zugrunde lag: Der Kläger veranlasste eine superprovisorische Verfügung. Nach Einspruch der Beklagten wurde der Entscheid im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen bestätigt, der dagegen eingereichte Rekurs teilweise gutgeheissen und dem Kläger 5/7 der erstinstanzlichen Kosten definitiv auferlegt, die restlichen Kosten wurden von ihm einstweilen unter Vorbehalt des Endentscheides bezogen. Diese Kostenverteilung blieb unangefochten, die Gerichtskosten wurden jedoch nicht bezahlt, was dann zur Kautionsauflage führte.

bb. Ordnungsbusse

Die Ordnungsbusse wird nicht vom Ausgang des Verfahrens betroffen, sondern stellt die Sanktion für ein ungebührliches Parteiverhalten dar. Für die Ordnungsbusse darf deshalb die Regelung von § 73 Ziff. 4 ZPO nicht so verstanden werden, dass erst mit Abschluss des Verfahrens die Zahlungspflicht eintreten würde. Die Ausfällung einer Ordnungsbusse stellt vielmehr ein in sich abgeschlossenes Disziplinarverfahren dar. blieb die Ordnungsbusse unangefochten, so tritt nach Ablauf der in der Rechnungsstellung erwähnten Zahlungsfrist die Kautionspflicht ein (125). Diese kann sich damit auch auf das Verfahren erstrecken, aus dem die Ordnungsbusse hervorgegangen ist.

cc. Rechtsmittelverfahren

Soweit ordentliche Rechtsmittel in Frage stehen, verbietet sich die Kautionsauf-
lage aus § 73 Ziff. 4 ZPO von selbst, da Kosten aus dem vorinstanzlichen Ver-
fahren damit nicht aus einem endgültigen und abgeschlossenen Verfahren her-
rühren.

aaa. Revision

Wird die Revision eines Prozesses angestrebt, ohne dass dabei die Kosten aus dem
abgeschlossenen Verfahren schon bezahlt sind, so ist die Kautionspflicht nach
§ 73 Ziff. 4 ZPO gegeben. Da jedoch dem Revisionsbegehren aufschiebende Wir-
kung erteilt werden kann (126), würde damit auch die Kautionspflicht entfallen
(127). Diese Gewährung der aufschiebenden Wirkung kann nun aber neu von einer
Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden (128), und zudem wird der Revi-
sionskläger dem Nichtigkeitsbeschwerdeführer gleichgestellt und generell als

125) SJZ 49 S. 31.

126) § 294 und § 355 ZPO.

127) ZR 51 Nr. 153 lit. c.

128) § 294 ZPO.

kautionspflichtig erklärt (129). Diese generelle Kautionsleistung umfasst die Sicherstellung der Prozesskosten, währenddem die Sicherheitsleistung in § 227 ZPO begründet ist und die Sicherung des Anspruches zum Ziele hat. Der Revisionskläger sieht sich somit – ungeachtet einer allfälligen Kostenschuld aus dem Vorverfahren – einer zweifachen Sicherstellungspflicht gegenübergestellt.

bbb. Wiederherstellung

Hat eine Partei die Rechtsmittelfrist für die Anfechtungen eines Entscheides ungenutzt verstreichen lassen und strengt sie darauf – ohne die Kosten dieses Entscheides zu begleichen – Wiederherstellung an, so darf von ihr unter Hinweis auf § 73 Ziff. 4 ZPO für dieses Wiederherstellungsverfahren keine Kautionsleistung verlangt werden (130). Hier geht es ja darum, ob ein Rechtsmittel gegen einen Entscheid – wenn auch verspätet – noch zuzulassen ist. Damit unterscheidet sich dieser Fall von der Regelung für die vorsorglichen Massnahmen. Dort stellt das nachfolgende Hauptverfahren ein selbständiges Verfahren dar und kein Rechtsmittel.

c. Kritik

Die Kosten- oder Bussenschuld als Kautionsgrund ist nicht nur historisch, sondern auch sachlich gerechtfertigt. Deren genaue Bestimmbarkeit ist durch die neue Formulierung gewährleistet. Fraglich ist jedoch, ob es sinnvoll war, die Kautionspflicht auch auf Schulden aus dem Verwaltungsverfahren auszudehnen, nachdem die Gerichte nicht einmal unter sich Kontakt über ihre Zahlungsausstände pflegen. Auch Kölz (131) muss zugeben, dass innerhalb der Verwaltung nicht systematisch nach Kostenschulden geforscht wird.

129) § 75 ZPO.

130) ZR 67 Nr. 50.

131) Kommentar, N 9 zu § 15 VRG.

VI. DIE LIQUIDATION VON HANDELSGESELLSCHAFTEN UND JURISTISCHEN PERSONEN, SOWIE DIE GEWÄHRUNG DES KONKURSAUFSCHUBES ALS KAUTIONSGRUND

1. Liquidation von Handelsgesellschaften und juristischen Personen

a. Gesetzliche Grundlagen

Tritt ein Auflösungsgrund bei einer Handelsgesellschaft (132) oder einer juristischen Person (133) ein, so wird damit das Liquidationsverfahren eingeleitet (134). Das Handelsregisteramt ist davon jeweils in Kenntnis zu setzen (135). Nach Beendigung der Liquidation erfolgt die Löschung im Handelsregister.

Befinden sich Handelsgesellschaften oder juristische Personen in diesem Liquidationsverfahren, so behalten sie zwar ihre juristische Persönlichkeit, haben jedoch zur Sicherung der Gläubigerinteressen den Zusatz „in Liquidation“ zu führen (136). Sobald eine juristische Person oder eine Handelsgesellschaft mit dem Zusatz „in Liquidation“ aktiv in einem Prozess auftritt, ist damit ihre Kautionspflicht gegeben. Haben es die Verantwortlichen unterlassen, die erforderliche Mitteilung dem Handelsregisteramt zukommen zu lassen, so hat das Gericht den zuständigen Registerbeamten davon in Kenntnis zu setzen (137). Das Gericht ist mit seiner Kautionsauflage deshalb nicht an diesen Eintrag gebunden. Es kann eine Kautionspflicht schon festsetzen, wenn die Auflösung der Gesellschaft de facto eingetreten ist.

-
- 132) – Kollektivgesellschaft Art. 574 ff OR mit Verweis auf Art. 545 ff OR.
– Kommanditgesellschaft Art. 614 OR mit Verweis auf Art. 574 ff OR.
- 133) AG: Art. 736 OR; Komm. AG: Art. 770 OR; GmbH: Art. 820 OR; Genossenschaft: Art. 911 OR; Verein: Art. 76/77 ZGB; Stiftung: Art. 88/89 ZGB.
- 134) Kollektivgesellschaft: Art. 582 ff OR; Kommanditgesellschaft: Art. 619 OR; AG: Art. 739 OR; GmbH: Art. 823 OR.
- 135) Kollektivgesellschaft: Art. 574 Abs. 2 OR; Kommanditgesellschaft: Art. 619 OR; AG: Art. 737 OR; GmbH: Art. 821 OR; Genossenschaft: Art. 912 OR; Verein: Art. 79 ZGB; Stiftung: Art. 89 ZGB.
- 136) Art. 739 Abs. 1 OR.
- 137) Art. 63 Abs. 3 HRV.

b. Umfang der Kautionsbestimmung

Auch hier hat § 73 Ziff. 5 ZPO eine Ausdehnung der Kautionspflicht mit sich gebracht. Beschränkte sich die Kautionspflicht in § 59 Ziff. 5 ZPO wörtlich noch auf AG und Genossenschaft (138), so wurden neu alle juristischen Personen und Handelsgesellschaften davon erfasst. Unbelastet bleibt lediglich die Einzelfirma (139).

Die Kautionspflicht wird – analog der Konkurs- oder Nachlassmasse – damit begründet, dass für Gericht und Gegenpartei die Gefahr besteht, dass die sich in Liquidation befindliche Handelsgesellschaft oder juristische Person im Hinblick auf den von ihr angestrebten Prozess nicht mehr hinreichende Rückstellungen vorgenommen hat, und bei Nichtgenügen dieser Rückstellungen ein zusätzliches Verantwortlichkeitsverfahren gegen die Liquidatoren oder der Wiedereintrag in das Handelsregister anzustreben ist. Vor allem das Obergericht hat in seiner Begründung zur Ablehnung einer Kautionspflicht der Konkursmasse immer auf die bei der AG in Liquidation sich ergebenden Unterschiede hingewiesen. Es fehlt bei der AG in Liquidation in der Tat an einer Privilegierung der Prozesskosten als Massakosten. Zudem sind die Liquidatoren lediglich Privatbeauftragte und unterstehen weder Aufsicht noch Kontrolle des Gläubigerausschusses noch der Disziplinalgewalt der Aufsichts- und Beschwerdeinstanz.

Wurde nun schon die Konkurs- und Nachlassmasse als kautionspflichtig erklärt, so musste sich unter diesen Umständen auch für die Handelsgesellschaften und die juristischen Personen in Liquidation zwingend eine Kautionspflicht ergeben.

2. Konkursaufschub

a. Gesetzliche Grundlagen

Sind bei AG (140), GmbH (141) und Genossenschaft (142) die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr durch die Aktiven gedeckt, so hat die Verwaltung den Richter davon in Kenntnis zu setzen. Dieser hat dann – ohne dass eine

138) Die dann von der Praxis auch auf die GmbH ausgedehnt wurde (Sträuli/Hauser, Anm. 17 zu § 59 aZPO; ZR 50 Nr. 213).

139) ZR 50 Nr. 212.

140) Art. 725 OR.

141) Art. 817 OR.

142) Art. 903 OR.

Betreibung vorliegen müsste (143) – den Konkurs auszusprechen. Besteht jedoch berechnigte Aussicht auf Sanierung, so kann der Konkursrichter auf Antrag (144) der Verwaltung oder eines der ungedeckten Gläubiger die Konkursöffnung aufschieben. Es sollen damit die sich für die Gläubiger regelmässig ergebenden Nachteile einer Konkursöffnung verhindert werden. Bei Gewährung des Konkursaufschubes verfügt der Konkursrichter – da eine entsprechende gesetzliche Regelung wie bei der Nachlassstundung fehlt – die Dauer des Rechtsstillstandes von sich aus (145).

Dieser Konkursaufschub stellt lediglich ein Zwischenstadium dar, das die überschuldete Gesellschaft zu vier Lösungen führt (146). Die überschuldete Gesellschaft kann während des Konkursaufschubes ihre Solvenz wieder erlangen oder eine Sanierung durchführen. Es steht ihr aber auch offen, einen gerichtlichen oder aussergerichtlichen Nachlassvertrag abzuschliessen. Verfehlt auch dies, so ist allerdings die Eröffnung des Konkurses unausweichlich.

Diese Ausführungen zeigen, dass der Konkursaufschub in vielem mit der Nachlassstundung übereinstimmt (147).

b. Umfang der Kautionsbestimmung

Wurde einer AG, GmbH oder Genossenschaft der Konkursaufschub gewährt, so besteht zwar Aussicht, dass diese Gesellschaft dereinst wieder ihre Solvenz erlangen wird, zur Zeit des Aufschubes ist sie aber unzweifelhaft überschuldet. Die Pflicht zur Leistung einer Kautions ist damit gerechtfertigt.

Diese Kautionspflicht besteht jedoch nur solange, wie der Aufschub besteht, genauso wie die Kautionspflicht für die sich in Liquidation befindlichen Gesellschaften nur für die Dauer dieses Liquidationsverfahrens besteht. Hat die Gesell-

143) Art. 192 SchKG.

144) W. Bärli, Kommentar, Zürich, 1969, N 19 zu Art. 725 OR.

145) Bärli, a.a.O., N 23 zu Art. 725 OR.

146) G. Schech, Der Konkursaufschub im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1938, S. 62.

147) so auch BGE 101 III 106, wo für den Konkursaufschub analog zur Nachlassstundung eine öffentliche Bekanntmachung i.S. von Art. 35 SchKG verlangt wird.

schaft ihre Solvenz wieder erlangt oder sind ihr durch Sanierung neue Mittel zugeflossen, so entfällt die Kautionspflicht. Eine Überschuldung besteht ja nicht mehr. Kommt es zum Abschluss eines Nachlassvertrages, so bleibt die Kautionspflicht bestehen, sie ergibt sich dann aber neu aus Ziff. 2 von § 73 ZPO. Erweist sich hingegen der Aufschub als unbehelflich, und musste der Konkurs eröffnet werden, so hat die zweite Gläubigerversammlung über die Fortsetzung des Prozesses zu entscheiden (148).

VII. KAUTIONSPFLICHT DER KONKURS- UND NACHLASSMASSE

1. Konkursmasse

a. Gesetzliche Grundlagen

Mit Eröffnung des Konkurses fällt das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners in die Konkursmasse, die der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger dient (149). Der Gemeinschuldner verliert damit die Dispositionsfähigkeit über sein Vermögen. In zivilprozessualer Hinsicht fehlt es ihm deshalb auch an der Prozessführungsbefugnis, weshalb Prozesse, in denen der Gemeinschuldner als Kläger, Beklagter oder Hauptintervenient auftritt, bis 10 Tage nach Durchführung der zweiten Gläubigerversammlung zu sistieren sind (150).

Beschliesst diese Gläubigerversammlung, in den Prozess des Gemeinschuldners einzutreten, oder gar selber zur Durchsetzung strittiger Ansprüche einen Prozess anzuhängen, so führt sich die Konkursmasse selber als Prozesspartei in das Verfahren ein. Verzichtet sie hingegen auf Anhebung oder Fortsetzung eines Prozesses, so offeriert sie diese Ansprüche den Gläubigern zur Abtretung (151). Verzichten auch diese, so kann der Gemeinschuldner, sofern er als Kläger auftritt, den Pro-

148) vgl. oben S. 82.

149) Art. 197 SchKG.

150) Art. 207 Abs. 1 SchKG.

151) Art. 260 SchKG.

zess fortsetzen (152), war er jedoch Beklagter, so gilt die Klage als anerkannt (153).

b. Umfang der Kautionsbestimmung

Insoweit von Gläubigerseite ein abgetretener Anspruch zur prozessualen Durchsetzung gelangt, beurteilt sich eine allfällige Kautionspflicht nach der Stellung des Abtretungsgläubigers selber. Nur wenn in seiner Person ein Kautionsgrund gegeben ist, kann er als kautionspflichtig erklärt werden.

Der den Prozess fortsetzende Gemeinschuldner ist selber immer kautionspflichtig (154). Während längerer Zeit war jedoch die Kautionspflicht der Konkursmasse selber umstritten. Der Wortlaut von § 59 Ziff. 5 aZPO gab hiezu keinen genauen Aufschluss. Mit der Neufassung von § 73 Ziff. 7 ZPO hat diese die Praxis mehrmals beschäftigende Frage eine eindeutige Antwort erhalten, so dass sich weitere Ausführungen dazu eigentlich erübrigen. Im Hinblick auf eine kritische Würdigung dieser neuen Regelung scheint es jedoch angebracht, die wesentlichen Argumente dieser Auseinandersetzung (155) (156) (157) (158) noch einmal kurz zusammenzutragen.

-
- 152) vgl. oben S. 82.
 - 153) Fritzsche, Bd. II, S. 47; Sträuli/Messmer, N 66 zu § 49 ZPO; Walder, Zivilprozess, S. 182 Anm. 20; BGE 68 III 163; 61 III 172, 18 S. 392; ZR 71 Nr. 78, 69 Nr. 109, 48 Nr. 162; a.M. Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 145; Sträuli/Hauser, Anm. 4 zu § 48 aZPO; Anm. 10.
 - 154) vgl. oben S. 83.
 - 155) Das HGer. hat die Kautionspflicht der Konkursmasse mehrheitlich bejaht (ZR 75 Nr. 32, 70 Nr. 109, 60 Nr. 59, ablehnend lediglich SJZ 52 S. 129).
 - 156) Das OGer., das die Kautionsauflagen des HGer. als Rekursinstanz nach § 334 aZPO überprüfen konnte, lehnte eine Kautionspflicht der Konkursmasse konsequent ab (ZR 75 Nr. 32, 70 Nr. 109, 60 Nr. 59, 53 Nr. 155; SJZ 65 S. 238, 52 S. 129).
 - 157) Das Kass. Ger. sprach sich für (ZR 60 Nr. 59) und gegen (SJZ 52 S. 129) eine Kautionspflicht der Konkursmasse aus.
 - 158) Das BGer. lehnte eine auf § 59 ZPO gestützte Kautionspflicht der Konkursmasse ab (BGE 85 I 141 = ZR 60 Nr. 59 S. 119 f), allerdings nicht weil es eine Kautionsauflage an eine Konkursmasse als bundesrechtswidrig erachtete, sondern weil sich § 59 Ziff. 5 aZPO nur auf die Liquidation juristischer Personen bezog und eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf die Konkursmasse deshalb ebenfalls nur solche von juristischen Personen erfassen konnte, was das BGer. als Rechtsungleichheit und damit als Verstoß gegen Art. 4 BV wertete.

Die Befürworter einer Kautionspflicht führten vor allem auf, die Konkursmasse sei sowohl eine Partei, über die im Sinne von § 59 Ziff. 2 aZPO in den letzten 5 Jahren der Konkurs eröffnet worden sei, als auch – für juristische Personen – nach § 59 Ziff. 5 aZPO eine Partei, die sich in Liquidation befinde.

Dem wurde entgegengehalten, zwischen Konkursmasse und Gemeinschuldner bestehe keine Identität, erstere sei vielmehr eine Rechtspersönlichkeit *sui generis*, so dass eine in § 59 Ziff. 2 aZPO begründete Kautionspflicht entfalle. Es gehe aber auch nicht an, die Konkursmasse gleich zu behandeln, wie eine in Liquidation befindliche juristische Person, da bei der Konkursmasse die Prozesskosten vorweg als Massakosten zu behandeln seien, und bei einem trotzdem sich ergebenden Verlust der Rückgriff auf die Konkursverwaltung offen stehe.

Schon unter der Herrschaft von § 73 Ziff. 7 ZPO hatte dann das Kassationsgericht noch einmal Gelegenheit, zu einer allfälligen Bundesrechtswidrigkeit dieser Kautionspflicht für die Konkursmasse Stellung zu nehmen (159) und dabei die Gültigkeit dieser Bestimmung zu bejahen.

c. Kritik

Bei einer kritischen Würdigung dieser Kautionsbestimmung ist die Tatsache, dass der Konkursmasse das Recht auf unentgeltliche Prozessführung nicht zusteht (160) voran zu stellen. Eine Kautionspflicht trifft die Konkursmasse deshalb besonders schwer. Schon das Bundesgericht (161 a) hat auf die sich bei einer generellen Vorschusspflicht der Konkursmasse ergebende Schwierigkeit hingewiesen. Die kleinen Gläubiger werden derartige Zuschüsse aus Furcht vor weiteren Verlusten ablehnen, die grossen Gläubiger ebenfalls, da für sie dann die Möglichkeit besteht, diesen Prozess als Abtretungsgläubiger zu führen. Das Bundesgericht hat es dann allerdings als zweifelhaft bezeichnet, ob diese Regelung im Hinblick auf eine ordnungsgemässe Liquidation als bundesrechtswidrig bezeichnet werden müsse (116b).

159) Beschluss vom 5. Juli 1977 i.S. I.c. S.V.

160) § 84 Abs. 3 ZPO; BGE 61 III 172; vgl. hinten S. 137.

161a) BGE 85 I 141.

161b) Mittlerweile hat das BGer. jedoch in seinem Entscheid 105 Ia 249 präzisiert, dass eine Kautionsauflage zulasten der Konkursmasse mit der bundesrechtlichen Ordnung des Konkursverfahrens vereinbar ist und deshalb nicht als Verstoß gegen die derogatorische Kraft des Bundesrechtes gerügt werden kann.

Es ist jedoch nicht zu verkennen, dass zumindest bei den von Konkursmassen oft zu führenden Verantwortlichkeitsprozessen diese neue, generell bestehende Kautionspflicht zulasten der Konkursmasse zu einem befremdlichen Resultat führt. Gerade diejenigen, die als Hauptverantwortliche für den Konkurs erscheinen, können nun ihren Prozess von der Sicherstellung ihrer Parteikosten abhängig machen. Berücksichtigt man die zusätzliche Sicherheit, die durch den Rückgriff auf die Konkursverwaltung gewährleistet ist, sowie die allgemein geübte Zurückhaltung beim Eintritt der Konkursmasse in Prozesse des Gemeinschuldners, so hätte diese Regelung ohne Schaden unterbleiben können. Sie ist im Hinblick auf die soeben geschilderte jahrelange Kontroverse der Zürcher Gerichte lediglich unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit zu begrüssen.

2. Nachlassmasse

a. Gesetzliche Grundlagen

Will ein Schuldner den drohenden Konkurs abwenden, so kann er seinen Gläubigern einen Nachlassvertrag vorschlagen. Dazu stehen ihm verschiedene Arten des Nachlassvertrages zur Verfügung (162).

Der aussergerichtliche Nachlassvertrag bedarf seiner rein privatrechtlichen Natur wegen hier keiner weiteren Erörterung mehr (163). Bei den gerichtlichen Nachlassverträgen unterscheidet man den ordentlichen Nachlassvertrag (164) und den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (165). Ersterer soll dem Schuldner die wirtschaftliche Weiterexistenz ermöglichen, er bezweckt somit seine Sanierung, während letzterer die Liquidation des schuldnerischen Betriebes mit sich bringt, weshalb er auch Liquidationsvergleich genannt wird. Dieser Liquidationsvergleich kommt im Resultat somit dem Konkurs gleich. Für den Schuldner ergibt sich jedoch der Vorteil, dass keine Verlustscheine ausgestellt werden. Das zur Li-

162) Übersicht bei E. Ganahl, Entscheidungskriterien für die Wahl und die Bestätigung eines Nachlassvertrages gemäss SchKG, Diss. Zürich, 1978, S. 2 ff.

163) Oser/Schönenberger, Kommentar, N 15 zu Art. 115 OR.

164) Art. 293-316 SchKG.

165) Art. 316 lit. a-f SchKG.

quidation bestimmte Vermögen ist der Dispositionsfähigkeit des Schuldners entzogen (166) und stellt ein Sondervermögen, die sogenannte Nachlassmasse, dar. Die Nachlassmasse wird vor Gericht durch die Liquidatoren vertreten (167).

b. Umfang der Kautionsbestimmung

Auch für die Nachlassmasse bestand in der Praxis Uneinigkeit über ihre Kautionspflicht (168). Die Argumente waren, da die Nachlassmasse mit der Konkursmasse in den wesentlichen Punkten übereinstimmt, dieselben wie gegen die Kautionspflicht der Konkursmasse. Es kann deshalb auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden.

166) Art. 316 lit. d Abs. 1 SchKG.

167) Art. 216 lit. d Abs. 3 SchKG. Sträuli/Messmer (N 20 zu § 27/28 ZPO) weisen dabei darauf hin, dass der Nachlassmasse keine Prozessfähigkeit zukommt. Nachlassmasse ist lediglich die Bezeichnung, unter welcher die Konkursverwaltung die Rechte der Gläubiger wahrt.

168) HGer. Kautionspflicht bejaht (ZR 57 Nr. 65 = SJZ 54 S. 40); OGer. bejaht (ZR 60 Nr. 60) und verneint (ZR 57 Nr. 65); Kass. Ger. bejaht (ZR 60 Nr. 60).

Kapitel 6: Eventuell erschwertes Inkasso der Prozesskosten als Kautionsgrund

I. NICHT IM HANDELSREGISTER EINGETRAGENE VEREINE UND STIFTUNGEN

Im Gegensatz zu den bisherigen Kautionsbestimmungen, die eine Sicherstellungspflicht aus dem fehlenden Wohnsitz in der Schweiz oder der Zahlungsunfähigkeit herleiteten, werden mit Ziff. 6 von § 73 ZPO allein schon die beim Inkasso der Prozesskosten eventuell auftretenden Schwierigkeiten zum Anlass für eine Kautionsauflage genommen (1). Diese Regelung stellt damit ein Novum dar. Sie blieb denn auch im Rahmen der Beratungen nicht unbestritten (2).

1. Gesetzliche Grundlagen

Betreibungen gegen nicht im Handelsregister eingetragene Vereine oder Stiftungen haben – im Gegensatz zu den eingetragenen Vereinen und Stiftungen (3) – am Hauptsitz der Verwaltung zu erfolgen (4). Zur Bestimmung dieses Hauptsitzes ist dabei auf die allgemeine Regelung von Art. 56 ZGB zur Festlegung des Sitzes von juristischen Personen zurückzugreifen (5). Diese erklärt bei Fehlen eines statutarischen Sitzes der juristischen Person den Ort der Verwaltung zum Sitz. Der Sitz und damit auch der Betreibungsort von nicht im Handelsregister eingetragenen Vereinen und Stiftungen ist deshalb – wie vorne gezeigt (6) – dort anzunehmen,

-
- 1) Sträuli/Messmer weisen in N 21 zu § 73 ZPO auf die bei Organwechseln oder nicht ordnungsgemässer Bestellung der Organe auftretenden Schwierigkeiten beim Inkasso der Prozesskosten hin.
 - 2) Prot. EK S. 797.
 - 3) Art. 46 Abs. 2 SchKG. Beim Eintrag in das Handelsregister haben sich diese Vereine und Stiftungen auch über die ordnungsgemässe Besetzung ihrer Organe auszuweisen (Art. 61 Abs. 3 und 81 Abs. 2 ZGB; Art. 98 und 102 HRV).
 - 4) Art. 46 Abs. 2 a.E. SchKG.
 - 5) Riemer, Verein und SchKG, S. 134.
 - 6) vgl. S. 25.

wo diese juristischen Personen Dritten gegenüber mit ihrer laufenden Verwaltung in Erscheinung treten (7). Sofern sich deshalb nicht eingetragene Vereine und Stiftungen eines Sekretariates bedienen, ist an dessen Adresse der Betreuungsort gegeben (8). Auf den Wohnsitz des Präsidenten z.B. kann es deshalb nicht ankommen (9). Unter diesen Umständen kann die Bestimmung des Betreuungsortes keine zusätzlichen Schwierigkeiten bieten. Das kann jedoch bei Vereinen oder Stiftungen ohne Sekretariat nicht gesagt werden. Ist bei diesen der Wohnsitz des Präsidenten, des Aktuars oder des Quästors als Betreuungsort anzunehmen? Mit guten Gründen will Riemer (10) Wohnsitz oder Geschäftsadresse des Quästors als massgebend erklären. Es ist aber nicht zu verkennen, dass unter diesen Umständen das Inkasso von Prozesskosten mit zusätzlichen Schwierigkeiten verbunden sein kann, ist doch für Aussenstehende oft schwer, die Adressen der zur Zeit des Inkassos massgebenden Vorstandsmitglieder in Erfahrung zu bringen.

2. Massgebender Zeitpunkt

Die Kautionspflicht ergibt sich allein aus dem Nichteintrag des Vereines oder der Stiftung im Handelsregister. Es sind deshalb auch an sich eintragungspflichtige Vereine oder Stiftungen, ungeachtet ihrer „Staatsangehörigkeit“ und ihres Sitzes, kautionspflichtig, solange ihr Eintrag noch nicht vollzogen ist (11). Immerhin bedarf es dabei für den Verein zuerst der Klärung, ob dieser schon im Rechtssinne besteht. Ist dies nämlich zu verneinen, sei es wegen mangelhafter Gründung oder wegen fehlender Rechtspersönlichkeit an sich, so liegt eine einfache Gesellschaft oder unter Umständen eine Kommanditgesellschaft vor (12), womit auch eine allfällige Kautionspflicht nicht im fehlenden Handelsregistereintrag zu suchen wäre, sondern bei den einzelnen Gesellschaftern (13) oder bei der Gesellschaft selber (14).

7) Riemer, ST N 522; derselbe, Verein und SchKG, S. 134.

8) ZR 44 Nr. 195, 28 Nr. 15; SJZ 19 S. 382.

9) Riemer, Verein und SchKG, S. 135.

10) Verein und SchKG, S. 135.

11) ZR 76 Nr. 128 = SJZ 74 S. 208.

12) Art. 62 ZGB; vgl. dazu Heini, S. 537.

13) Vgl. vorne S. 11.

14) Vgl. vorne S. 27.

3. Kritik

Die bei nicht im Handelsregister eingetragenen Vereinen und Stiftungen zur Kautionsauflage angeführten Argumente vermögen zu bestehen, sofern kein Vereins- oder Stiftungssekretariat vorliegt. Immerhin scheinen auch für diesen Fall die Schwierigkeiten zur Bestimmung des Hauptortes der Verwaltung nicht derart zu sein, dass sich eine generelle Kautionspflicht zulasten aller nicht im Handelsregister eingetragenen Vereine oder Stiftungen aufgedrängt hätte. Hingegen kann als zusätzliches Argument für die Kautionsauflage – zumindest bei Vereinen – die für die Mehrzahl unter ihnen bestehende Limitierung der Beitragspflicht der einzelnen Mitglieder nach Art. 71 Abs. 1 ZGB herangezogen werden, da sich daraus eine zusätzliche Gefährdung in der Beibringung der Prozesskosten ergibt. Bei den nicht im Handelsregister eingetragenen Stiftungen jedoch hat auch dieses Argument zu entfallen, da sich aus der Rechtsnatur der Stiftung ohne weiteres eine Bestimmbarkeit des derzeitigen Vermögensstandes herleiten lässt.

Die nun geltende Regelung ist zwar klar und bedarf keiner weiteren Auslegung, es fragt sich aber, ob sie in allen Teilen das Richtige trifft, mag es doch wohl kaum zu überzeugen, wenn die SRG (15) für jeden Prozess, den sie vor Zürcher Gerichten anzuheben gedenkt, zuerst sicherstellungspflichtig wird. Zudem gilt es zu bedenken, dass Vereinen und Stiftungen als juristische Personen kein Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung zusteht, sie deshalb diese Kautionspflicht besonders belastet (16).

-
- 15) Die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft und deren „Regionalgesellschaften“ sind als Vereine konzipiert, ein Handelsregistereintrag liegt jedoch nicht vor.
 - 16) In Prot. EK S. 1179 wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass bei Fällen, in denen eine Stiftung nicht über die nötigen Mittel verfügte, um über das, was ihr zustand, zu prozessieren, schon die Regierung eingesprungen sei. Dies kann jedoch nicht überzeugen. Es vermag insbesondere nicht die Kautionsauflage für nicht im Handelsregister eingetragene Vereine oder Stiftungen zu rechtfertigen. Wenn diesen von Gesetzes wegen schon klarerweise kein Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung zusteht, kann es nicht Aufgabe desselben Staates sein, der diese Regelung erlassen hat, auf informellem Weg einigen Vereinen oder Stiftungen doch wieder unter die Arme zu greifen.

Kapitel 7: Kautionspflicht als Prozessvoraussetzung

I. PROZESSVORAUSSETZUNGEN

Um den reibungslosen Ablauf eines Prozesses zu gewährleisten, wird das Tätigwerden des Gerichtes an gewisse Voraussetzungen gebunden (1). Diese sogenannten Prozessvoraussetzungen müssen erfüllt sein, damit ein Sachurteil des Gerichtes ergehen kann (2). Auf Seite des Gerichtes gehört dazu die Zulässigkeit des Rechtsweges und die Zuständigkeit des Gerichtes. Von Parteiseite her bedarf es der Partei- und Prozessfähigkeit, der Zulässigkeit der gewählten Prozessart und des Rechtsschutzinteresses, sowie – sofern ein entsprechender Grund gegeben ist – der Sicherstellung der Prozesskosten (3). Gebricht es an nur einer dieser Prozessvoraussetzungen, so ist grundsätzlich auf die Klage nicht einzutreten. Es ergeht dann ein Prozessurteil (4).

Solange die Kaution nicht geleistet wird, hat das Gericht deshalb nichts zur Förderung des Prozesses zu unternehmen. Davon ausgenommen sind nach § 82 ZPO lediglich vorsorgliche Massnahmen.

II. OFFIZIALMAXIME

Das Vorliegen dieser Prozessvoraussetzungen hat das Gericht von Amtes wegen zu überprüfen. Die Überprüfung der Prozessvoraussetzungen untersteht somit der Officialmaxime (5).

1) Kummer, S. 74.

2) Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 229.

3) Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 221; Kummer, S. 74; Walder, Prozesserledigung, S. 7 ff.

4) Walder, Zivilprozess, S. 251.

5) Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 224; Sträuli/Messmer, N 4 zu § 108 ZPO; ZR 71 Nr. 76, 70 Nr. 26, 27 Nr. 125.

Bei einer Kautionsauflage sind dabei folgende prozessualen Eigenheiten zu beachten:

1. Kein Antrag der Gegenpartei erforderlich

Das Gericht ist für die Festlegung der Kautionspflicht nicht auf einen Antrag der Gegenpartei angewiesen. Das Gericht schützt mit der Sicherstellung der Prozesskosten ja auch seine eigenen finanziellen Interessen und kann deshalb auch schon von sich aus tätig werden. Es wird deshalb bei Eingang der Klage überprüfen, ob der Kläger nicht noch Kosten aus einem erledigten früheren Verfahren schuldet (6), oder beim zuständigen Betreibungsamt nachfragen, ob beim Kläger einer der Kautionsgründe nach § 73 Ziff. 2-7 ZPO gegeben ist. Hat der Kläger seinen Wohnsitz im Ausland, so obliegt es dem Gericht ebenfalls abzuklären, ob sich für den Kläger eine staatsvertraglich zugesicherte Befreiung aus der grundsätzlichen Kautionspflicht ergibt. Steht nach dieser Überprüfung die Kautionspflicht für den Kläger fest, so wird er zur Sicherstellung der gesamten Prozesskosten (7), d.h. für die mutmasslichen Gerichtskosten und eine allfällige Prozessentschädigung angehalten. Das Gericht nimmt es der Gegenpartei somit ab, ohne dass ein entsprechender Antrag vorliegen müsste, sich auch noch um deren Sicherstellung der Prozessentschädigung zu sorgen (8). Fraglich ist, inwieweit das Gericht einen ausdrücklichen Verzicht der Gegenpartei auf Sicherstellung ihrer mutmasslichen Prozessentschädigung im Rahmen der Offizialmaxime zu berücksichtigen hat (9).

6) vgl. vorne S. 97 ff.

7) vgl. vorne S. 3 und hinten S. 127.

8) Dieses weitreichende Tätigwerden zugunsten der Gegenpartei lässt sich folgendermassen erklären: Die ZH-ZPO kennt keine generelle Sicherstellungspflicht des Klägers für die Gerichtskosten. In Bern z.B. ist dies gegeben und die Gegenpartei hat deshalb für die Sicherstellung ihrer Prozessentschädigung selber besorgt zu sein. Ein diesbezüglicher Antrag ist mit der Klageantwort zu verbinden (Kummer, S. 218), ansonsten Verzicht auf Sicherstellung angenommen wird. Wenn nun die Zürcher Gerichte schon für sich das Vorliegen von Kautionsgründen beim Kläger überprüfen, so ist es von der Prozessökonomie her gerechtfertigt, davon auch die Gegenpartei profitieren zu lassen, ohne dass in einem weiteren Verfahren auch noch über die unter denselben Voraussetzungen gegebene Sicherstellungspflicht für die Prozessentschädigung der Gegenpartei zu befinden ist.

9) Isler, S. 11.

2. Keine Anhörung der Parteien

Da das Vorliegen einer Kautionspflicht von Amtes wegen zu überprüfen ist, besteht für das Gericht auch kein Anlass, hiezu ein kontradiktorisches Verfahren einzuleiten. Sobald die an sich klaren Voraussetzungen erfüllt sind, muss das Gericht die Sicherstellung der Prozesskosten verlangen (10). Die Parteien haben keinen Anspruch, vor jedem prozessleitenden Beschluss des Gerichtes angehört zu werden (11). Dies gilt auch für die Kautionsauflage (12). Es hat die dazu verpflichtete Partei weder einen Anspruch darzutun, weshalb sie das Vorliegen einer derartigen Verpflichtung verneint, noch die Gegenpartei die Möglichkeit, die Höhe ihres mutmasslichen Prozessentschädigungsanspruches zu beziffern.

Immerhin kann das Gericht bei unklaren Verhältnissen, insbesondere bei Abklärung des Wohnsitzes, die klagende Partei zu einer Verdeutlichung anhalten.

III. AUSLEGUNG DER KAUTIONSBESTIMMUNGEN

1. Grundsatz

Für die Auslegung zivilprozessualer Bestimmungen gelten die allgemeinen Regeln zur Gesetzesauslegung (13). Die an sich klare Regelung der Kautionspflicht wird jedoch nur noch in geringem Masse der Auslegung bedürfen.

Erachtet das Gericht einen kautionsbegründenden Tatbestand als gegeben, ohne dass es sich dabei auf eine gesetzliche Grundlage abstützen vermag, so ist die Be-

10) So schon ZR 1 Nr. 227.

11) Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde, S. 120; Sträuli/Messmer, N 3 lit. b zu § 56 ZPO.

12) unpubl. Beschluss des Kass. Ger. vom 5.7.1977 i.S. I. c. S. V.: „Nach der Rechtssprechung zu § 59 aZPO durfte eine Kautionsauflage ohne vorangehendes kontradiktorisches Verfahren auferlegt werden (ZR 1 Nr. 227; Sträuli/Hauser, Anm. 6 zu § 59 aZPO). Die seit 1. Januar 1977 geltende revidierte Zivilprozessordnung enthält keine abweichende Bestimmung.“

13) Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 52; Meier-Hayoz, Lückenausfüllung, S. 341; derselbe, Kommentar, N 75 zu Art. 1 ZGB.

rechti gung dieser Kautionsauflage anhand von Art. 1 Abs. 2 ZGB zu überprüfen (14).

Allerdings sprechen gegen die Annahme, die nun geltenden Kautionsbestimmungen seien lückenhaft, gewichtige Argumente, die in der Folge vorgelegt werden sollen.

2. Die Kautionspflicht als prozessuale Last

Die Kautionspflicht stellt für die davon betroffene Partei zweifelsohne eine prozessuale Last dar. Die Durchsetzung ihres Anspruches wird dadurch erschwert. Schon daraus ergibt sich, dass nur mit Zurückhaltung in den Bestimmungen von § 73 ZPO eine Lücke gesehen werden darf. Öffentlichrechtliche Pflichten bedürfen stets einer gesetzlichen Grundlage (15). Im Zweifelsfalle darf deshalb nicht angenommen werden, es sei eine übermässige Erschwerung in der Durchsetzung des materiellen Anspruches beabsichtigt (16). In diesem Sinne sind Kautionsbestimmungen allein schon von ihrer Zielsetzung her als gegen die klagende Partei gerichtete Auflage restriktiv auszulegen (17).

3. Systematik von § 73 ZPO

a. Erweiterung der Kautionsstatbestände

Der Umfang der kautionsbegründenden Tatbestände wurde bei jeder ZPO-Revision erweitert. Dies gilt auch für die nun geltende Fassung (18). Dabei wurde insbesondere die zwischen Handelsgericht und Obergericht bestehende Differenz in der Kautionspflicht für die Konkurs- und Nachlassmasse in einem die Kautionspflicht bejahenden Sinne geregelt. Hinzu kam noch, dass schon das Gesuch um

14) Meier-Hayoz, Lückenausfüllung, S. 341 Anm. 2

15) Meier-Hayoz, Lückenausfüllung, S. 341 Anm. 3

16) Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 53; Meier-Hayoz, Kommentar, N 72 zu Art. 1 ZGB: „Im Zweifel kommt einer prozessualen Norm der die Durchsetzung des materiellen Rechtes erleichternde und die Prozessökonomie fördernde Sinn zu“.

17) ZR 34 Nr. 65: „Die gesetzlichen Bestimmungen über die Kautionspflicht sind daher wie jede, die Freiheit des Einzelnen einschränkende Norm eng auszulegen“.

18) Sträuli/Messmer, N 1 zu § 73 ZPO.

Nachlassstundung eine Kautionspflicht begründet, womit ebenfalls eine Unsicherheit ausgeräumt wurde (19). Auch von daher besteht deshalb die Vermutung, die Kautionsbestimmungen seien nun umfassend und abschliessend geregelt (20).

b. Aufbau der Kautionsbestimmungen

Die kautionsbegründenden Tatbestände sind in sieben Ziffern gegliedert. Hinweise auf eine nicht abschliessende Enumeration fehlen. Wäre dies im Sinne des Gesetzgebers gelegen, so hätte er entweder in der Einleitung oder zum Schluss der Enumeration einen entsprechenden Hinweis angebracht. Dies ist nicht geschehen – auch nicht mit der inmitten der Kautionsbestimmungen in Ziff. 3 festgehaltenen sonstigen Zahlungsunfähigkeit. Die Praxis hat deshalb immer wieder auf die daraus hervorgehende Begrenzung der Kautionsbestimmungen hingewiesen (21).

Wohl kam man in der Begründung der Kautionspflicht für Konkursmasse und Nachlassmasse auch dazu, darüber hinaus auch den Sinn, die ratio legis, der Kautionsbestimmungen zur Auslegung heranzuziehen. Doch auch bei Anwendung dieser sogenannten teleologischen Auslegungsmethode legte sich die Praxis Zurückhaltung auf (22).

Es kann deshalb nun nur noch mit grösster Zurückhaltung auf das Vorliegen einer Lücke in den Kautionsbestimmungen geschlossen werden.

19) vgl. vorne S. 109.

20) Daran vermag auch die verfehlte Generalklausel der sonstigen Zahlungsunfähigkeit nichts zu ändern.

21) SJZ 67 S. 213: „Begrenzter Charakter der Kautionspflicht“; SJZ 44 S. 212: „Die Rechtsprechung hat sich immer auf den Standpunkt gestellt, dass die vom Gesetz aufgestellten Kautionsgründe abschliessend sind (ZR 34 Nr. 65, 27 Nr. 24)“;

ZR 57 Nr. 65: „Und so wenig die Kautionspflicht mit der Begründung verneint werden darf, der Kläger verfüge wieder über ausreichende Mittel, so wenig darf sie bejaht werden, wenn die Zahlungsunfähigkeit zwar feststeht, keiner der in § 59 ZPO abschliessend aufgezählten Gründe aber gegeben ist (SJZ 53 S. 130)“;

ZR 72 Nr. 23: „Gegen eine ausdehnende Auslegung der in § 59 ZPO abschliessend aufgezählten Kautionsgründe über den Wortlaut hinaus sind grundsätzliche Bedenken am Platz (ZR 57 Nr. 65)“.

22) ZR 57 Nr. 65: „Für eine sinngemässe Anwendung von § 59 Ziff. 5 ZPO besteht daher nur Raum, wenn zwingende Gründe im einzelnen Fall eine Abweichung vom Wortlaut fordern (ZR 50 Nr. 252) und in den entscheidenden Beziehungen gleiche Verhältnisse vorliegen.“

IV. ANDROHUNG

1. Grundsatz

Jede Kautionsauflage ist mit einer Androhung für den Unterlassungsfall zu verbinden (23). Diese Androhung darf jedoch für den Fall der Nichtleistung der Kautions nicht die Verwirkung des geltend gemachten materiellen Anspruches androhen, denn es ist in erster Linie Aufgabe des Gerichtes, die Durchsetzung bundesrechtlicher Ansprüche zu fördern und nicht, sie zu hindern (24). Eine derartige Verwirkung würde – wie in BGE 104 Ia 105 (25) zu Recht angeführt wird – die Geltendmachung bundeszivilrechtlicher Ansprüche durch einen Grund verhindern, der mit dem materiellen Anspruch in keinem sachlichen Zusammenhang steht. Aus der Nichtbeachtung prozessualer Vorschriften darf in diesem Fall nicht der Verlust des materiellen Anspruches hergeleitet werden (26).

2. Die Regelung von § 80 ZPO

§ 80 ZPO sieht als Säumnisfolge bei Nichtleistung der Kautions vor, dass auf die Klage oder das Rechtsmittel nicht eingetreten wird. Dies gilt nun neu auch für den Fall der nachträglichen Erhöhung der Kautions im Laufe des Verfahrens.

Für die in der Verweigerung zur Bekanntgabe des Wohnsitzes begründete Kautionspflicht des Beklagten ist nach § 30 ZPO Nachfrist anzusetzen, mit der Androhung,

23) Hauser/Hauser, Anm. 3 zu § 217 aGVG.

24) H. Huber, Kommentar Einleitung, Bern 1962, N 47 zu Art. 6 ZGB; Hauser/Hauser, Anm. 4 zu § 217 aGVG.

25) Wo die gestützt auf Art. 27 GL-ZPO ergangene Androhung, bei Nichtleistung des Kostenvorschusses würde Rückzug der Klage i.S. von Art. 47 GL-ZPO unter endgültiger Verzichtleistung auf die gerichtliche Geltendmachung des Anspruches angenommen, als Verstoß gegen die derogatorische Kraft des Bundesrechtes nach UeB Art. 2 BV und überdies als willkürlich (überspitzter Formalismus) bezeichnet wurde.

26) F. Mattmann, Die Anspruchs- und Klagerechtsverwirklichung aus prozessualen Gründen in den schweizerischen Zivilprozessgesetzen, Diss. Freiburg, 1963, S. 30 ff und S. 78 ff.

dass bei zweiter Säumnis Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe und Verzicht auf Einreden angenommen würde (27).

Diese Regelung vermag zu überzeugen, solange die Säumnis schon bei Einleitung des Verfahrens eintritt (28). Wie ist aber zu entscheiden, wenn der Kautionsgrund und die daraus folgende Säumnis in der Kautionsleistung erst im Laufe des Verfahrens eintritt?

Im Gegensatz zu § 63 aZPO kann nun auch der erweiterten Fassung von § 80 ZPO hiezu eine Antwort entnommen werden. Die Säumnisfolge für die erst im Verlaufe des Prozesses zu erbringende Kautionsleistung muss dieselbe sein, wie auch bei der nachträglich im Laufe des Prozesses zu erhöhenden Kautionsleistung (29) (30). Nachdem für diesen Fall in § 80 ZPO Nichteintreten als Säumnisfolge bestimmt wird, hat diese Regelung auch für die erst während des Prozesses eintretende Kautionspflicht zu gelten. Diese Regelung entsprach auch der neueren Praxis schon unter der Herrschaft von § 63 aZPO (31). Allerdings ist dabei nicht zu verkennen, dass diese Regelung auch zu

-
- 27) Für Prozesse, die dabei der Officialmaxime unterliegen, gilt die Regelung von § 131 Abs. 2 ZPO (vgl. Sträuli/Messmer, N 4 zu § 131 ZPO sowie N 19 zu § 54 ZPO). Für den Kläger hingegen kann sich bei seiner Säumnis die Officialmaxime nicht mehr zu seinen Gunsten auswirken, denn der Staat hat kein Interesse, derartige Prozesse gegen den Willen des Klägers zu Ende zu führen (Walder, Officialmaxime, S. 36).
- 28) Walder, Prozesserledigung, S. 66.
- 29) So überzeugend B. v. Rechenberg, Die Folgen der Nichtleistung einer nachträglich auferlegten Kautionsleistung für den Kläger im Zürcher Zivilprozess, SJZ 74 S. 206 f.
- 30) Die nachträgliche Erhöhung der Kautionsleistung war schon in § 66 aZPO vorgesehen, allerdings ohne dass im Gegensatz zu § 63 aZPO hiezu eine gesetzliche Säumnisandrohung erfolgte. Sträuli/Hauser, Anm. 2 zu § 66 aZPO, verwiesen deshalb auf § 217 aGVG, d.h. die Androhung hatte nicht weiter zu gehen, als es nach Lage der Dinge im Interesse der Fortsetzung des Prozesses geboten erschien.
- 31) ZR 60 Nr. 61: SJZ 48 S. 309, 46 S. 381 (allerdings von falschen Voraussetzungen ausgehend); a.M. ZR 42 Nr. 52 lit. 1, wo zur Begründung auf § 217 aGVG zurückgegriffen und die Androhung des Nichteintretens als zu weit gehend bezeichnet wurde. Zumindest in der heutigen Fassung von § 80 ZPO kann nun aber nicht mehr mit § 196 GVG argumentiert werden, denn § 80 ZPO enthält eine eindeutige Säumnisandrohung und § 196 GVG kommt nur zum Tragen, sofern von Gesetzes wegen eine Säumnisandrohung nicht ausdrücklich vorgesehen wurde.

stossenden Resultaten führen kann. Tritt die Kautionspflicht bei einem schon spruchreifen Prozess ein, so mag es in der Tat unangebracht erscheinen, kurz vor Urteilsfällung, bei Nichtleisten der Kaution, auf die durchplädierte Klage nicht mehr einzutreten (32). Dem kann allerdings entgegengehalten werden, dass bei Vorliegen eines Kautionsgrundes, ohne dass eine Sicherstellung der Prozesskosten erfolgt ist, ein Sachurteil nicht ergehen kann, da es ja an einer Prozessvoraussetzung gebricht.

V. FORMERFORDERNISSE

Die Kautionsauflage stellt einen prozessleitenden Entscheid dar, der nach § 155 GVG in der Form eines Beschlusses oder einer Verfügung ergeht und nach § 159 GVG der Begründung bedarf. Die Rechtsmittelinstanz muss anhand dieser Begründung die Rechtmässigkeit dieser Kaution überprüfen können.

Zudem müssen im die Kautionsauflage verfügenden Entscheid die Säumnisfolgen ausdrücklich angedroht werden. Unterbleibt dies, können diese Säumnisfolgen auch nicht zur Wirkung kommen.

32) So ZR 60 Nr. 61: Am 24. Oktober 1959 beantragte die Beklagte eine Kautionsauflage wegen Wegzug des Klägers in die USA. Am 12. November 1959 wurde die Klage vollumfänglich gutgeheissen, auf eine Kautionsleistung wurde verzichtet, da dies eine unzulässige Härte darstellen würde. Im darauf eingeleiteten Berufungsverfahren entschieden jedoch sowohl OGer. als auch Kass. Ger., der Kläger habe als Rechtsmittelbeklagter noch die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens sicherzustellen, ansonsten die Klage von der Hand gewiesen würde. Eine derartige Androhung geht in diesem Fall zu weit, vgl. dazu auch Walder, *Prozesserledigung*, S. 66.

Kapitel 8: Bemessung der Kautionsleistung

I. UMFANG: VON DER KAUTIONSPFLICHT ERFASSTE VERFAHRENSSTUFEN

1. Verschiedene Verfahrensstufen

Auch in diesem Punkte brachte die Bestimmung von § 79 ZPO eine wünschenswerte Klarstellung. Während es § 66 aZPO offen liess, welche Verfahrensstufen von der Kautionsleistung zu erfassen waren (1), wird nun ausdrücklich festgehalten, dass die Kautionsleistung die Prozesskosten für die angerufene Instanz sicherzustellen hat. Dies müsste sich übrigens auch aus der Anwendung von § 73 ZPO ergeben. Den Kläger, der in zweiter Instanz zum Rechtsmittelbeklagten wird, trifft ja keine Kautionspflicht mehr. Ebenso hat der Beklagte, der zum Rechtsmittelkläger wird, nur die Prozesskosten der Rechtsmittelinstanz sicherzustellen, obwohl bei Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides die Prozesskosten beider Stufen dem Rechtsmittelkläger überbunden werden (2). Auch daraus muss sich die Beschränkung der Kautionsleistung auf die angerufene Instanz ergeben.

Diesen Grundsatz hat auch schon ZR 71 Nr. 79 berücksichtigt, indem der Kläger, bei dem schon in erster Instanz ein Kautionsgrund gegeben war, ohne dass er zur Sicherstellung der Prozesskosten angehalten wurde, mit der ihm für das Berufungsverfahren auferlegten Kautionsleistung nicht auch die Prozesskosten der ersten Instanz sicherzustellen hatte. Wurde bis zur Urteilsfällung eine Kautionsleistung nicht gefordert, so kann diese nicht in einem Rechtsmittelverfahren nachgefordert werden (3).

-
- 1) Sträuli/Hauser, Anm. 2 zu § 66 aZPO, schlossen aber richtig aus der Tatsache, dass eine nachträgliche Erhöhung der Kautionsleistung vorgesehen war, damit auch kein Grund bestand, mit der Kautionsleistung für das erstinstanzliche Verfahren schon die Prozesskosten für ein allfälliges Rechtsmittelverfahren sicherzustellen.
 - 2) vgl. vorne S. 9.
 - 3) der vorne S. 121, Anm. 32 erwähnte Entscheid ZR 60 Nr. 61 steht dazu nur scheinbar im Widerspruch. Dort wurde ja das Kautionsbegehren vor Ausfällung des Urteils gestellt. Die Kautionspflicht im Berufungsverfahren hatte deshalb – wenn auch mit stossendem Ergebnis – auch das erstinstanzliche Verfahren zu erfassen.

Für das Berufungsverfahren bleibt zudem noch festzuhalten, dass es neu auch nicht Sache der Vorinstanz sein kann, die Kautions festzusetzen (4). Ihre Aufgabe besteht lediglich darin, den fristgemässen Eingang der Berufung sowie das Vorliegen von Kautionsgründen zu überprüfen; Bemessung der Kautions und Fristansetzung erfolgen durch die Berufungsinstanz (5). Diese Regelung ist sinnvoll. Jede Instanz hat die Kautionspflicht neu zu überprüfen. Das bringt es auch mit sich, dass bei Dahinfallen des Kautionsgrundes vor Einleitung des zweitinstanzlichen Verfahrens eine weitere Kautionspflicht entfällt (6), was ebenfalls im Einklang mit der oben erwähnten Regelung im Rechtsmittelverfahren steht.

2. Parallelprozesse

Solange zwei Prozesse mit übereinstimmenden Begehren und denselben Parteien bestehen, ist auch die Kautionspflicht für beide Prozesse in derselben Art gegeben (7). Die Kautions könnte erst bei Zusammenlegung der Prozesse eine Reduktion erfahren (8).

3. Innerhalb einer Instanz

a. Grundsatz

Sicherzustellen sind nur die im Zusammenhang mit dem von der Kautionspflicht erfassten Verfahren anfallenden Prozesskosten. Geschuldete Gerichtskosten aus einem früher erledigten Verfahren bilden zwar einen Kautionsgrund, können aber nicht mit der sich daraus ergebenden Kautionspflicht eingefordert werden. Ebenso hat die Gegenpartei keinen Anspruch, dass die Sicherstellung auch sonstige, ausserhalb dieses Verfahrens zwischen den Parteien noch offen stehende Kosten abdeckt.

4) § 323 aZPO hingegen verpflichtete die Vorinstanz, eine Berufung erst zuzulassen, nachdem auch die Kautions für das Berufungsverfahren geleistet worden war, ZR 71 Nr. 79.

5) Sträuli/Messmer, N 2 zu § 262 ZPO.

6) ZR 72 Nr. 23.

7) ZR 62 Nr. 95.

8) ZR 42 Nr. 52 lit. n E. 1.

Innerhalb dieses Verfahrens beschränkt sich die Sicherstellungspflicht – sofern die Kautionsauflage schon bei Klageeinleitung erfolgt – auf die im Zusammenhang mit dem Hauptverfahren der Gegenpartei und dem Gericht erwachsenden Kosten. Das Beweisverfahren ist vorerst davon auszuklammern (9). Diese Beschränkung erfolgt aus verschiedenen Gründen. Vorerst ist Notwendigkeit und Umfang des Beweisverfahrens bei Klageeinleitung gar nicht abschätzbar. Es besteht ja die Möglichkeit, dass der Prozess nach Abschluss des Hauptverfahrens schon spruchreif ist. Zudem kann er bis zu diesem Zeitpunkt schon durch einen Vergleich seine Erledigung gefunden haben. In dieser Hinsicht wird die aus § 196 GVG hervorgehende, allerdings die Säumnisandrohung beschlagende Pflicht, nicht weitergehende Androhungen zu treffen, als es die ordnungsgemässe Fortsetzung des Prozesses erfordert, analog angewendet.

Kommt es nun zum Beweisverfahren, so gilt es, den Barvorschuss für die Beweis-kosten von der Kautionspflicht auseinanderzuhalten (10). Die Vorschusspflicht für Barauslagen trifft immer diejenige Partei, in deren Interesse die gerichtliche Handlung steht (11). Parteistellung, Wohnsitz und allfällige Zahlungsunfähigkeit üben hiezu keinen Einfluss aus. Nach Abschluss des Beweisverfahrens sind aber der obsiegenden Partei die vorgeschossenen Kosten für das Beweisverfahren zurückzuerstatten (12). Es steht dem Gericht nicht an, den geleisteten Vorschuss zur Deckung seiner Auslagen heranzuziehen, wenn die als kostenpflichtig verurteilte Gegenpartei dazu nicht in der Lage ist. Das Gericht trägt hier das Inkassorisiko für die gesamten Gerichtskosten alleine. Eine kautionspflichtige Partei hat deshalb für das Beweisverfahren zuerst die Kosten – wie auch die Gegenpartei – für die in ihrem Interesse vorzunehmenden Handlungen des Gerichtes vorzuschies-sen, zudem sind jedoch noch die der Gegenpartei und dem Gericht im Beweisver-fahren erwachsenden sonstigen prozessualen Umtriebe sicherzustellen, sowie für die Gerichtskasse auch noch die allenfalls der Gegenpartei zurückzuzahlenden Barvorschüsse. Das erstere geschieht in Erfüllung der allgemeinen Vorschusspflicht, die ja jede Partei trifft, das zweite erfolgt aufgrund der Kautionspflicht.

9) Sträuli/Messmer, N 1 zu § 79 ZPO und N 1 zu § 83 ZPO.

10) Vgl. vorn S. 6.

11) § 83 Abs. 1 ZPO.

12) Sofern sie nicht im Urteil zur Deckung dieser Kosten verpflichtet wurde; Sträuli/Messmer, N 2 zu § 83 ZPO, sowie ZR 37 Nr. 132.

b. Während des Verfahrens anfallende Kautionspflicht

Tritt der Kautionsgrund erst im Laufe des Verfahrens ein, so stellen sich zwei Probleme. Es fragt sich – wie oben gezeigt – mit welcher Androhung eine Kautionsauflage zu verbinden ist (13), zudem ist zu entscheiden, ob die Kautionsleistung nur die zukünftig noch anfallenden Kosten zu erfassen hat oder ob die ganzen in dieser Instanz erwachsenden Prozesskosten sicherzustellen sind. Walder (14) bejaht ersteres. Dies ergibt sich schon aus der von ihm in der Frage der Androhung vertretenen Position. Seiner Meinung nach muss, wenn immer möglich, ein Sachurteil ergehen. Deshalb kann die zu leistende Kaution auch nur die zukünftigen Prozesskosten erfassen. Bezüglich der bereits entstandenen Kosten ist es zu halten, wie wenn keine Kautionspflicht bestehen würde. Deshalb kann dann auch ein Sachurteil ergehen. Sträuli/Messmer (15) hingegen wollen von der Kautionsleistung sämtliche in der angerufenen Instanz bis zu diesem Zeitpunkt schon erwachsenen, aber noch nicht auferlegten Prozesskosten, sichergestellt wissen. Diese Meinung vertritt auch das Kassationsgericht (16). Diese Ansicht vermag zu überzeugen, denn es wird ja erst mit dem noch auszufällenden Endentscheid der angerufenen Instanz über die Kostenverteilung entschieden. Die Sicherstellung hat aber eben gerade diese Prozesskosten zu umfassen. Nicht davon betroffen werden können jedoch Kosten aus vorinstanzlichen Verfahren, sowie Kosten aus endgültig abgeschlossenen Verfahren für vorsorgliche Massnahmen, sofern die Kostenverteilung nicht dem Hauptentscheid in dieser Sache überlassen wurde.

c. Widerklage

Eine allfällige Kautionspflicht kann immer nur die Klage der kautionspflichtigen Partei selber erfassen. Ist sie Klägerin, bleibt die Widerklage unberücksichtigt für die Bemessung der zu leistenden Kaution, ebenso die Klage selber, falls in der als

13) Vgl. vorn S. 119.

14) Prozesserledigung, S. 67.

15) N 2 zu § 79 ZPO; in diesem Sinne auch ZR 71 Nr. 79 E. 2b. Sträuli/Hauser, Anm. 2 zu § 63 aZPO, führen aus, eine Kautionsauflage sei auch dann noch statthaft, wenn sich der Kautionsgrund erst im Laufe des Prozesses einstelle, sie habe dann auszugehen von der Instanz, vor der der Prozess zur Zeit schwebt, was dasselbe wie die obigen Ausführungen meint.

16) unpubl. Beschluss i.S. I. c. S. V. vom 5.7.1977.

Widerklägerin auftretenden Partei ein Kautionsgrund gegeben ist. In dieser Hinsicht fällt § 19 ZPO ausser Betracht (17).

d. Anschlussberufung

Gleiches wie für die Widerklage muss auch für die Anschlussberufung gelten. Die kautionspflichtige Partei hat eine Sicherstellung nur für den von ihr vertretenen Teil der Berufung zu leisten (18).

II. STREITWERT

Grundlage für die Bemessung der Kaution bilden für die Gerichtskosten (19) die Gebührenverordnung sowie für die Prozessentschädigung einer anwaltlich vertretenen Partei die VO über die Anwaltsgebühren (20). Dabei sind die Gerichte nur dann befugt, die Ansätze in der Gebührenverordnung und nach Anwaltstarif jeweils maximal auszuschöpfen, wenn neben dem den Höchstansatz begründenden Streitwert auch noch eine besondere Schwierigkeit des Falles und ein daraus resultierender ausserordentlicher Aufwand des Anwaltes und des Gerichtes gegeben ist (21). Diese besondere Schwierigkeit kann nicht leicht angenommen werden, sie lässt sich insbesondere bei Klageeinleitung kaum schon hinreichend feststellen. Wird diese besondere Schwierigkeit im Laufe des Verfahrens zur Gewissheit, so steht es dem Gericht aber offen, die Kaution nach § 76 ZPO zu erhöhen.

17) ZR 31 Nr. 108; unpubl. Beschluss Kass. Ger. i.S. I. c. S. V. vom 5.7.1977; unzutreffend deshalb BGE 60 I 229 E. 6.

18) ZR 62 Nr. 37 E. 7.

19) Vgl. vorn S. 3.

20) Vgl. vorn S. 5.

21) Dies hatte das Kass. Ger. in seinem unpubl. Beschluss i.S. I. c. S. V. vom 5. Juli 1977 in Erinnerung zu rufen, als es eine Kaution von 3,8 Mio. Fr. auf 1,7 Mio. Fr. reduzierte!

III. ZAHLUNG DER KAUTION

1. Grundsatz

Die Kautionsleistung ist innerhalb der vom Gericht angesetzten Frist vollumfänglich zu leisten. Diese Frist ist jedoch, wie jede andere richterliche Frist, erstreckbar (22). Ersucht die als kautionspflichtig erklärte Partei innerhalb dieser Frist um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung, so ist ihr die Frist zur Kautionsleistung abzunehmen, bis dass über ihr Gesuch um unentgeltliche Prozessführung entschieden worden ist (23). Kommt es zu einer abschlägigen Entscheidung, so ist der kautionspflichtigen Partei eine neue Frist zur Beibringung der Kautionsleistung anzusetzen. (24).

2. Ratenzahlung

Ist die Kautionsleistung für die damit belastete Partei einerseits so hoch, dass sie von ihr nicht auf einmal geleistet werden kann, und steht es ihr andererseits auch nicht zu, um unentgeltliche Prozessführung zu ersuchen, so ist die Zahlung der Kautionsleistung in angemessenen Raten zu bewilligen (25). Damit ist nicht gesagt, dass der Prozess zu ruhen hat, bis dass die Kautionsleistung vollständig eingegangen ist. Auch für Gericht und Gegenpartei fallen die Kosten gestaffelt an, so dass einer Weiterführung des Prozesses, solange sich die einzelnen Raten in einer angemessenen Relation zu den mutmasslichen Prozesskosten halten, nichts mehr im Wege steht (26). Wird die Ratenzahlung auf entsprechendes Gesuch der kautionspflichtigen Partei bewilligt, so ist ihr dabei anzudrohen, dass bei Verzug auch nur mit einer Rate die Klage von der Hand gewiesen würde.

22) Sträuli/Messmer, N 1 zu § 80 ZPO.

23) vgl. hinten S. 137.

24) RB 1909 Nr. 150. Gleich ist auch zu verfahren, wenn gegen die Kautionsauflage ein Rechtsmittel ergriffen wurde, die Rechtsmittelinstanz jedoch zur Bestätigung der Kautionspflicht kam (ZR 69 Nr. 27, 52 Nr. 148; SJZ 40 S. 262).

25) ZR 69 Nr. 27, 52 Nr. 148, 42 Nr. 52 lit. o, 42 Nr. 32.

26) Klaffen Streitwert und finanzielle Möglichkeiten der kautionspflichtigen Partei zu weit auseinander, so dass mit Gewährung der Ratenzahlung eine beförderliche Prozessführung nicht mehr gewährleistet wäre, so ist der kautionspflichtigen Partei in dem ihre Ratenzahlungen übersteigenden Betrag die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren.

3. Einstweiliger Erlass der Kautionszahlung

Die Praxis hat auch schon die Kautionszahlung vorläufig erlassen (27), so z.B. bis das Beweisergebnis Klarheit darüber verschaffen konnte, ob das geltend gemachte Begehren als aussichtslos erschien oder nicht. Als Rechtfertigung für dieses Vorgehen wurde § 58 aZPO herangezogen, der dem Gericht das Recht gab, ausnahmsweise die Pflicht zur Leistung von Barvorschüssen zu erlassen, sofern es die Verhältnisse rechtfertigen. Gegen diese Praxis hat sich ZR 62 Nr. 43 gewandt und mit Recht geltend gemacht, ein derartiger einstweiliger Erlass sei weder von der Einordnung von § 58 aZPO her vertretbar, da die Ausnahmeregelung nur unter dem Titel „1. Barauslagen“ zum Tragen komme, die Kautionsbestimmungen jedoch in einer separaten Ziffer geregelt seien, noch sei generell eine andere Befreiung von der Kautionspflicht als durch die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung denkbar. Diese Argumentation hat auch bei der heutigen Fassung der ZPO ihre Gültigkeit behalten. Dieser einstweilige Erlass könnte für eine kautionspflichtige Partei also nur insoweit zum Tragen kommen, als dass ihr die Vorauszahlung ihrer eigenen Barauslagen einstweilen erlassen würde, nicht jedoch die durch ihre Kautionsleistung sicherzustellenden Auslagen der Gegenpartei und auch nicht die Bemühungen des Gerichtes.

4. Zahlungsmittel

Nach § 79 Abs. 2 ZPO kann die Kautionsleistung entweder in bar, durch Hinterlage solider Wertschriften, oder durch hinreichende Garantie einer im Kanton Zürich niedergelassenen Bank erbracht werden. Auch hier unterscheidet sich die Kautionsleistung vom Vorschuss für Barauslagen im Sinne von § 83 ZPO. Dieser Vorschuss hat zwingenderweise immer in bar zu erfolgen, da er ja schon für einen zum voraus feststehenden Zweck verwendet wird.

27) ZR 50 Nr. 77, 42 Nr. 32.

a. Barzahlung

Die Zahlung hat grundsätzlich in Schweizerfranken zu erfolgen (28). Immerhin wäre auch Erfüllung der Kautionspflicht anzunehmen, wenn die Zahlung in einer ohne weiteres konvertierbaren Währung erfolgte und sich nach Umwechslung des Geldes die Kautionsleistung als vollumfänglich geleistet erwiese.

Der Barzahlung ist die Zahlung per Check gleichzusetzen, sofern dieser auf eine im Kanton Zürich niedergelassene Bank gezogen ist.

b. Solide Wertschriften

Der Begriff „Wertschriften“ ist kein gesetzlicher, sondern stellt einen geläufigen, der Bankpraxis entnommenen Fachausdruck dar (29).

Grundlage muss aber auch hier der gesetzliche Wertpapierbegriff im Sinne von Art. 965 OR bilden. Zu bestimmen ist aber noch, was als solides Wertpapier gelten darf. Wird die Kautionspflicht durch Hinterlage von Wertpapieren erfüllt, so muss das Gericht bei Inanspruchnahme der Kautionsleistung ohne Verzug zur Verwertung der hinterlegten Wertpapiere schreiten können. Als solide im Sinne von § 76 ZPO können deshalb nur diejenigen Wertpapiere gelten, die mit einem Einredenausschluss nach Art. 979 resp. 1146 OR verbunden sind, d.h. Inhaber- und Orderpapiere (30). Diese Wertpapiere müssen einen Markt haben, d.h. an der Börse kotiert sein (31). Die Gerichtskasse soll sich darauf verlassen können, die ihr übergebenen Wertschriften jederzeit ohne beträchtliche Einbusse verwerten zu können (32).

28) ZR 50 Nr. 4.

29) Meier, S. 36 Anm. 11.

30) nach Meier, S. 37/38:
Anleiheobligationen, Pfandbriefe, Kassaobligationen von Banken, Genussscheine, Partizipationsscheine, Zertifikate von Anlagefonds, Inhaberaktien, Namenaktien, vinkulierte Namenaktien, Schuldbrief und Gült. Checks gelten als Bargeld (vgl. Urteil des BGr. vom 7.5.1980, nach NZZ vom 8.5.1980); Wechsel sind zuzulassen, sofern sie an ordre lauten (Meier, S. 41; offengelassen in ZR 13 Nr. 69).

31) deshalb hat das Kass. Ger. eine Kautionsleistung durch unkotierte Trustzertifikate zurückgewiesen, unpubl. Beschluss i.S. S. c. F. vom 24.4.1967.

32) Sträuli/Hauser, Anm. 1 zu § 67 aZPO; ZR 24 Nr. 5.

Wertpapiere hingegen, die durch Zession übertragen werden, sind ihrer Einredemöglichkeit wegen, nicht zur Kautionsleistung zuzulassen. Sind schon diese ausgeschlossen, so ergibt sich die Untauglichkeit zur Kautionsleistung der sogenannten Legitimationspapiere ohne weiteres (33).

c. Bankgarantie

Die noch in § 76 aZPO aufgeführte Bürg- und Selbstzahlerschaft (34), d.h. Solidarbürgschaft (35) wurde im Laufe der Beratungen (36) als Sicherstellungsmittel mit der Begründung, es sei aus dem Steuerausweis eines Bürgen nicht ersichtlich, ob nicht das ganze versteuerte Vermögen Frauengut darstelle, gestrichen. Dafür wurde die Bankgarantie einer im Kanton Zürich niedergelassenen Bank neu aufgenommen. Die Bankgarantie stellt zwar ein zweiseitiges Rechtsgeschäft dar, das damit der Willenserklärung beider beteiligten Parteien bedarf. Es handelt sich dabei aber nur um einen einseitigen Vertrag, da in der Regel nur der Begünstigte Rechte erwirbt und sich nur der Garant verpflichtet (37). Es ist deshalb auch oft von einer Garantieerklärung die Rede.

Der Garantievertrag unterscheidet sich von der Bürgschaft durch die fehlende Akzessorietät zur Hauptschuld, er stellt eine selbständige Verpflichtung dar (38). Daraus ergibt sich auch der Ausschluss allfälliger Einreden aus dem Grundverhältnis (39). Zudem hat die garantierte Leistung auf erstes Verlangen des Begünstigten ohne Einrede zu erfolgen und es sollte eine zeitliche Befristung der Garantie fehlen. Die Garantieerklärung lautet zugunsten der Gerichtskasse.

33) Damit entfallen insbesondere Sparhefte (unpubl. Beschluss des Kass. Ger. i.S. H. c. K. vom 9.9.1959) und Lebensversicherungspolice (ZR 24 Nr. 5; unpubl. Beschluss des Kass. Ger. i.S. M. c. N. vom 29.6.1962).

34) ZR 61 Nr. 80, 44 Nr. 5.

35) Prot. EK. S. 71 und 802.

36) Prot. EK. S. 1177.

37) Kleiner, S. 19.

38) Kleiner, S. 35.

39) Kleiner, S. 40.

5. Zahlungsfrist

a. Grundsatz

Nach § 193 GVG gilt eine Handlung dann als rechtzeitig erbracht, wenn sie vor Ablauf der gesetzten Frist vorgenommen wurde. Zahlungen müssen deshalb spätestens am letzten Tag der Frist bei der Gerichtskasse eingetroffen oder zumindest der schweizerischen Post (40) übergeben worden sein. Damit ist auch gesagt, dass es nicht genügen kann, innert Frist eine Bank mit der Ausführung dieser Zahlung beauftragt zu haben. Deren Zahlung hat vielmehr bis Fristablauf bei der Gerichtskasse eingetroffen zu sein, es sei denn, die Bank ihrerseits übergebe die Zahlung der schweizerischen Post (41).

b. Nachfrist

Leidet die geleistete Bankgarantie an einem Formfehler, oder leistet die kautionspflichtige Partei die Kautionsleistung durch ein nicht zur Sicherstellung zugelassenes Wertpapier, so treffen sie damit noch nicht die Säumnisfolgen. Es ist der Partei vielmehr eine Nachfrist nach § 108 a.E. ZPO zur Behebung dieses Mangels anzusetzen (42).

6. Verzinsung

Die Gerichtskasse trifft – im Gegensatz zum Schiedsgericht (43) – keine Pflicht, eine Barkautionsleistung zinsbringend anzulegen (44). Hingegen steht der aus Wertpapieren fließende Ertrag der kautionspflichtigen Partei zu (45). Dies bringt es mit sich, dass grössere Kautionsleistungen aus wirtschaftlichen Gründen mit Vorteil durch Wertpapiere oder Bankgarantie zu erbringen sind.

-
- 40) Ob die Zahlung per Postcheck oder Girozahlung erfolgt, spielt weiter keine Rolle, PR 68 Nr. 154. Immerhin können sich für den Girozahler zusätzliche Umtriebe für den Nachweis der fristgemässen Zahlung ergeben, Hauser/Hauser, Anm. 6 zu § 213 aGVG.
- 41) vgl. in diesem Zusammenhang BGE 104 II 63 E.2, der sich mit der Sorgfaltspflicht einer Bank und der PTT bei einer verspätet geleisteten Zahlung auseinandersetzt.
- 42) ZR 61 Nr. 80.
- 43) Grössere Barkautionsleistungen sind im Schiedsverfahren bei einer im Kt. Zürich niedergelassenen Bank anzulegen (§ 247 Abs. 4 ZPO), die Zinserträge sind dabei derjenigen Partei gutzuschreiben, die diese Kautionsleistung erbracht hat.
- 44) § 7 Abs. 2 der VO über die Verwendung von Depositen, Kautionsleistungen und Effekten vom 23. November 1960 (ZG 6 S. 180).
- 45) ZR 72 Nr. 78 E. 2.

Kapitel 9: Rückgabe der Kautions- und Dahinfallen des Kautionsgrundes

I. RÜCKGABE DER KAUTION

1. Zeitpunkt

Wohl hat jede Instanz aufs neue zu überprüfen, ob bei den Parteien eine Kautionsgrund gegeben ist. Das heisst nun aber nicht, dass bei erstinstanzlichem Abschluss die Kautionsgrund für dieses Verfahren wieder freizugeben ist. Dies liefe dem Sinn der Sicherstellung zuwider. Die einmal geleistete Kautionsgrund verbleibt vielmehr der Gerichtskasse, bis dass endgültig über den geltend gemachten Anspruch entschieden wurde. Es sind somit sämtliche ordentlichen und ausserordentlichen Rechtsmittelfristen abzuwarten. Erst wenn diese ungenutzt verstrichen sind oder ein Entscheid der letzten möglichen Instanz vorliegt, kann die Kautionsgrund wieder ausbezahlt werden (1). Auch wenn dabei einem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung versagt wurde, ist damit immer noch nicht endgültig über den Anspruch entschieden worden, und es kann der Entscheid der Vorinstanz noch aufgehoben werden. Solange aber eine derartige Möglichkeit besteht, ist auch das Bedürfnis nach Sicherstellung der Prozesskosten gegeben (2).

2. Bei Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung

Hat eine Partei eine Kautionsgrund geleistet und musste ihr später, im Laufe des Verfahrens, die unentgeltliche Prozessführung gewährt werden, so ergibt sich daraus kein Anspruch der kautionspflichtigen Partei auf Rückzahlung der zu Beginn geleisteten Kautionsgrund. Damals war sie offensichtlich in der Lage, diese Sicherheit zu

1) § 17 Abs. 2 der VO über die Verwendung von Depositen, Kautionsgründen und Effekten (ZG 6 S. 180).

2) ZR 55 Nr. 64.

erbringen. Mit Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wird lediglich den momentan fehlenden finanziellen Möglichkeiten der mittellosen Partei Rechnung getragen und sie deshalb von der weiteren Leistung von Kautionen entbunden, eine Rückzahlungspflicht wird damit jedoch nicht begründet (3).

3. Verrechnung

Ansprüche der Gerichtskasse unterliegen nicht nur der ordentlichen 10jährigen Verjährungsfrist (4), auch für die Verrechnung sind die zivilrechtlichen Bestimmungen sinngemäss heranzuziehen (5). Die Ausnahmeregelung von Art. 125 Abs. 1 OR kann dabei nicht zum Tragen kommen, da ja mit der Kautionszahlung keine Hinterlegung erfolgt, sondern diese Summe in das Eigentum der Gerichtskasse, d.h. des Staates übergeht (6). Kautionsleistungen können somit nach Abschluss des Verfahrens, bei Nichtinanspruchnahme aus diesem Verfahren, statt an die ursprünglich kautionspflichtige Partei zurückbezahlt, zur Verrechnung mit alten Prozessschulden (7) herangezogen werden (8).

4. Priorität

Die schon in § 68 aZPO festgehaltene Regelung, wonach bei Nichtgenügen der Kaution zuerst die Gegenpartei daraus zu entschädigen ist, und erst darnach die Gerichtskosten daraus zu decken sind, wurde richtigerweise in § 81 ZPO beibehalten. Die Konkurseröffnung über die kautionspflichtige Partei vermag dabei diese Verwendung der Kaution nicht zu beeinflussen (9).

3) ZR 75 Nr. 6 E.3, 53 Nr. 46, 40 Nr. 132 lit. a.

4) § 205 GVG; vgl. vorn S. 98, Anm. 107.

5) Hauser/Hauser, Anm. VI. 2. zu Gebühren, Gerichtskosten und Besoldung vor § 222 a GVG; Imboden/Rhinow, Bd. I, S. 195.

6) von Tuhr/Escher, S. 199, Anm. 67.

7) Für sonstige Schulden der kautionspflichtigen Partei gegenüber dem Staat besteht für die Gerichtskasse Verrechnungsausschluss, da die Gerichtskasse selber allfällige Einreden gar nicht überprüfen kann; Imboden/Rhinow, Bd. I S. 197.

8) Becker, N 12 zu Art. 125 OR; ZR 75 Nr. 6; SJZ 20 S. 213.

9) ZR 64 Nr. 133 E.

II. DAHINFALLEN DES KAUTIONSGRUNDES IM LAUFE DES PROZESSES

Ein Dahinfallen des Kautionsgrundes während des Prozesses kann den Bestand der Kaution nicht beeinträchtigen. Andernfalls hätte es die wegen einer Kostenschuld beim Gericht als kautionspflichtig erklärte Partei jederzeit in der Hand, diese Kautionspflicht durch Zahlung ihrer Schuld wieder zu Fall zu bringen. Dem ist jedoch nicht so (10). Die einmal geleistete Zahlung verbleibt der Gerichtskasse, bis das Verfahren sein Ende gefunden hat. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, ob die Kautionspflicht als solche weiter dauert. Aus den zur Bemessung der Kaution erarbeiteten Grundsätzen (11) ergibt sich, dass die Kautionspflicht für jede Verfahrensstufe wieder gesondert zu überprüfen ist, und die einmal geleistete Kaution der Gerichtskasse verbleibt bis zum endgültigen Abschluss dieses Verfahrens. Diese Regelung behält auch zur Lösung der vorliegenden Frage ihre Gültigkeit.

Fällt der die erstinstanzliche Kautionsauflage begründende Kautionsbestand im Laufe des Verfahrens dahin, sei es, dass die klagende Partei z.B. ihren Wohnsitz in die Schweiz verlegt oder sich mittlerweile als Verein oder Stiftung in das Handelsregister eintragen lässt, so entfällt jede Rechtfertigung für eine Sicherstellung der Prozesskosten auch noch im zweitinstanzlichen Verfahren (12). Diese Regelung stellt das Gegenstück zur während des Verfahrens anfallenden Kautionspflicht dar (13). Auch dort sind jeweils nur die Prozesskosten derjenigen Verfahrensstufe sicherzustellen, von der die Kautionsauflage ausgeht. Gleiches muss nun auch für den Fall der im Laufe des Verfahrens dahinfallenden Kautionspflicht gelten. Die erstinstanzliche Sicherheitsleistung bleibt jedoch bestehen, bis

10) vgl. vorne S. 99.

11) vgl. vorne S. 124.

12) Leuch, N 3 zu Art 71 BE-ZPO.

13) vgl. vorne S. 125, ZR 72 Nr. 23.

das Verfahren seinen endgültigen Abschluss gefunden hat (14). Auch diese Regelung findet ihre Analogie im Verbot der Rückzahlung der Kaution an eine Partei, die im Laufe des Verfahrens das Recht auf unentgeltliche Prozessführung zugesprochen erhält. Auch in diesem Fall verbleibt die einmal geleistete Zahlung dem Gericht.

14) vgl. vorne S. 123.

Kapitel 10: Kautionspflicht und Recht auf unentgeltliche Prozessführung – eine Gegenüberstellung

I. RANGFOLGE

Steht die Zahlungsunfähigkeit der klagenden Partei im Sinne von § 73 ZPO fest und damit auch ihre Pflicht zur Sicherstellung der Gerichtskosten, so ist jedoch noch nicht endgültig bestimmt, ob diese Sicherstellung effektiv auch erbracht werden muss. Würde nämlich der Zugang zum Gericht für die als zahlungsunfähig erscheinende Partei konsequent von der Beibringung dieser Sicherstellung abhängig gemacht, so käme dies ohne weiteres einer Rechtsverweigerung für die zahlungsunfähige rechtssuchende Partei gleich (1). Deshalb wird seit jeher (2) aus dem die Rechtsgleichheit garantierenden Art. 4 BV für die mittellose Partei ein Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung und falls erforderlich, auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes hergeleitet. § 84 ZPO macht diesen aus Art. 4 BV fliessenden Anspruch (3) von zwei Voraussetzungen abhängig (4): Der für unentgeltliche Prozessführung ersuchenden Partei müssen die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie auch für die ihr anfallenden Prozesskosten aufkommen zu können, und zudem hat das von ihr geltend gemachte Begehren nicht als aussichtslos zu erscheinen.

Sind beide Voraussetzungen erfüllt, so ist diese Partei damit von der sich aus ihrer Zahlungsunfähigkeit oder ihrem Wohnsitz ergebenden Sicherstellungspflicht befreit (5). Diese Befreiung ist jedoch keine endgültige, die Zahlungspflicht wird lediglich aufgeschoben (6).

1) Isler, S. 63.

2) BGE 4 S. 585.

3) So nun ausdrücklich § 84 ZPO, währenddem § 81 aZPO ungenau lediglich davon sprach, das Gericht könne die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung erteilen.

4) Sträuli/Messmer, N 0 zu § 84 ZPO.

5) Sträuli/Messmer, N 1 zu § 84 ZPO.

6) Isler, S. 67; Ottomann S. 54 Anm. 7.

Das Recht auf unentgeltliche Prozessführung geht dem Recht auf Sicherstellung vor (7). Die als schwere prozessuale Bürde empfundene Pflicht zur Sicherstellung der Prozesskosten erfährt damit – zumindest für natürliche Personen – eine wesentliche Erleichterung. Die beklagte Partei, die sich zur Abwehr der von der mittellosen Partei geltend gemachten Ansprüche gezwungenermassen auf dieses Verfahren einlassen muss, hat damit auf den ihr zustehenden Sicherstellungsanspruch zu verzichten (8). Dringt die klagende Partei mit ihrem schon auf allfällige Aussichtslosigkeit geprüften Begehren nicht durch, so kann sich die beklagte Partei aber nicht an den Staat halten, um sich dort für ihre prozessualen Umtriebe zu erholen. Kann sie diese Kosten bei der klagenden Partei nicht erhältlich machen, so hat sie diesen Verlust selber zu tragen. Dies wird zu Recht als das kleinere Übel erachtet gegenüber dem Ausschluss vom Rechtsweg. Zu untersuchen bleibt aber noch, ob sich mit den in § 73 ZPO zur Annahme einer Zahlungsunfähigkeit verwendeten Kriterien automatisch auch die Mittellosigkeit im Sinne von § 84 ZPO bestimmen lässt.

II. KEIN RECHT AUF UNENTGELTLICHE PROZESSFÜHRUNG FÜR JURISTISCHE PERSONEN, HANDELSGESELLSCHAFTEN, SONDERVERMÖGEN, KONKURS- UND NACHLASSMASSEN

Was für juristische Personen, Konkurs- und Nachlassmassen schon bis anhin galt (9), wird nun erweiternd auch für Handelsgesellschaften, Sondervermögen und Nachlassmassen in § 84 Abs. 3 ZPO festgehalten: Ein Recht auf unentgeltliche Prozessführung steht ihnen nicht zu.

Damit kann die Härte einer Kautionsauflage nur bei natürlichen Personen durch Gewährung des Rechts auf unentgeltliche Prozessführung verhindert werden. Allerdings kam dieser umfassende Ausschluss von der unentgeltlichen Prozessführung

7) Walder, Zivilprozessrecht, S. 383.

8) BGE 61 I 101.

9) Sträuli/Hauser, Anm. 5 zu § 81 aZPO.

nicht unangefochten zustande (10). Wenn auch die Überprüfung der Mittellosigkeit juristischer Personen in zweifacher Hinsicht zu erfolgen hat – zuerst bezüglich der juristischen Person selber und darauf auch für die wirtschaftlich Beteiligten – und damit zusätzliche Umtriebe verbunden sind, so wäre doch eine Ausdehnung des Rechtes auf unentgeltliche Prozessführung als Ausgleich für die Belastung durch die Kautionspflicht zu begrüssen gewesen. Die Argumente dazu sind bei Ottomann (11) überzeugend zusammengestellt. Bemerkenswert ist zudem, dass auch das Kassationsgericht vor kurzem diese Verweigerung des Rechtes auf unentgeltliche Prozessführung für juristische Personen unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit als nicht unproblematische Vorschrift bezeichnete (12).

III. DIE MITTELLOSIGKEIT IM SINNE VON § 84 ZPO

Die Praxis hat sich in zahlreichen Entscheiden mit den das Recht auf unentgeltliche Prozessführung begründenden Kriterien für die geforderte Mittellosigkeit auseinander gesetzt. Nachfolgend eine geraffte Zusammenstellung der wesentlichen Argumente:

1. Beitragspflicht der Ehegatten

Die um unentgeltliche Prozessführung ersuchende Partei hat, bevor ihr diese Rechtswohltat gewährt werden kann, zuerst die finanzielle Unterstützung ihres Ehepartners zu beanspruchen. Auf das Prozessthema kann es dabei nicht ankommen (13). Erst wenn auch von dieser Seite kein Beitrag an die Prozesskosten er-

-
- 10) Der Vorentwurf vom 14.8.1963 von Guldener sah nämlich in § 81 folgende Regelung vor:
„Einer juristischen Person wird auf Antrag die unentgeltliche Prozessführung bewilligt, wenn sie selbst und alle wirtschaftlich Beteiligten, sofern sie nicht Prozessgegner sind, mittellos sind und der Prozess nicht aussichtslos ist.“
Nach längerer Diskussion wurde diese Formulierung jedoch fallengelassen (Prot. EK S. 84/85 und 1178/79). Vgl. dazu auch Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht S. 410 Anm. 30c a.E.
- 11) S. 53 ff: in diesem Sinne auch Isler, S. 66.
- 12) unpubl. Beschluss i.S. M., L., und M. c. W. vom 12. Mai 1978.
- 13) Lemp, N 23 zu Art. 159 ZGB; Sträuli/Messmer, N 3 a.E. zu § 84 ZPO; BGE 85 I 4 E. 3.

bracht werden kann, besteht unter Umständen ein Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung (14). Dieselbe Unterstützungspflicht besteht auch zwischen Eltern und minderjährigen Kindern.

2. Finanzielle Leistungsfähigkeit

Die um unentgeltliche Prozessführung ersuchende Partei hat nicht nur zuerst ihre ehe- und familienrechtlichen Unterstützungsansprüche geltend zu machen, sie hat auch sonst alle weiteren Möglichkeiten zur Finanzierung des Prozesses auszu-schöpfen. Es ist ihr dabei insbesondere zuzumuten, im Hinblick auf den Prozess Kredit aufzunehmen (15).

3. Arbeitsscheu und unnötiger Aufwand

Hat die mittellose Partei ihr Unvermögen, für die Prozesskosten aufzukommen, selbst verschuldet, sei es, dass sie es trotz entsprechenden Angeboten und Möglichkeiten unterlassen hat, einer geregelten Arbeitstätigkeit nachzugehen, sei es, dass sie einen ihren finanziellen Möglichkeiten nicht angemessenen Aufwand betreibt, so wird ihr ein Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung abgesprochen (16). Es wird somit nicht auf das effektive Einkommen abgestellt, sondern auf das bei angemessenem Lebenswandel und Aufwand mögliche Einkommen (17). Oder einfach: der Faule hat keinen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung (18). Lediglich das bisherige prozessuale Verhalten vermag die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung nicht zu beeinflussen (19).

-
- 14) ZR 73 Nr. 102 und dort erwähnter unpubl. Entscheid des OGer. vom 27.9.1973; ZR 72 Nr. 115, 72 Nr. 25 E. 3; Kehl, Anm. 7 (S 12/13) zu § 81 aZPO.
- 15) ZR 68 Nr. 102, 50 Nr. 70; Kehl, Anm. 7 (S. 12) zu § 81 aZPO.
- 16) ZR 58 Nr. 84: Die um unentgeltliche Prozessführung ersuchende Partei hatte dabei nach Ansicht des OGer. ihre Notlage durch Arbeitsscheu selbst verschuldet und es sich mit dem Einkommen der Ehefrau „in einer eines Mannes unwürdigen Weise“ wohl sein lassen. Dem Gesuch wurde deshalb in zweifacher Hinsicht nicht stattgegeben, die Unterstützungspflicht der Ehefrau war noch nicht ausgeschöpft und zudem hatte der um unentgeltliche Prozessführung ersuchende Ehemann seine Mittellosigkeit selber verschuldet. ZR 42 Nr. 44 lit. c: zu teure Wohnung.
- 17) Es kann damit auch nicht die Beibehaltung eines standesgemässen Aufwandes zur Begründung der Mittellosigkeit herangezogen werden (ZR 42 Nr. 44 lit. g).
- 18) Kehl, Anm. 7 (S. 14) zu § 81 aZPO.
- 19) ZR 42 Nr. 44 lit. a.

4. Bestehende Schulden

Die Praxis geht sogar soweit, dass auch das Bestehen von Schulden noch keinen Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung zu begründen vermag (20). Solange die sich als mittellos bezeichnende Partei noch über Mittel verfüge, um ihre Schulden abzutragen, habe sie diese vorerst für die Sicherung der Prozesskosten einzusetzen. Diese Pflicht besteht auch für einen Einzelkaufmann, der gegen seine Firma schon zahlreiche Verlustscheine bestehen hat (21).

5. Mittellosigkeit und betriebsrechtliches Existenzminimum

Immerhin hat die in § 84 ZPO geforderte Mittellosigkeit nicht derart gravierend zu sein, dass sie dem in Art. 93 SchKG bestimmten betriebsrechtlichen Existenzminimum gleichkommt. Dies ergibt sich allein schon aus dem Wortlaut der beiden Regelungen. Art. 93 SchKG spricht von dem für den Schuldner und seine Familie „unumgänglich notwendigen Lohneinkommen“, § 84 ZPO hingegen lediglich von den „für den Lebensunterhalt notwendigen Mitteln“ (22).

Auch aus der Anwendung der beiden Bestimmungen ergeben sich Unterscheidungen. Die um die unentgeltliche Prozessführung ersuchende Prozesspartei kann deshalb auch nicht dazu angehalten werden, für die Sicherstellung der Prozesskosten ihre sämtlichen, nicht als Kompetenzstücke geltenden Haushaltsgegenstände zu versilbern. Die nach § 84 ZPO erforderliche Mittellosigkeit kann nicht erst angenommen werden, wenn für die um unentgeltliche Prozessführung ersuchende Partei nur noch der betriebsrechtliche Notbedarf gedeckt ist (23).

20) ZR 42 Nr. 44 lit. f.

21) ZR 46 Nr. 132, wo zur Begründung angeführt wird:

„Darauf aber, dass der Staat und die Beklagte, nachdem feststeht, dass auf den Kläger Verlustscheine ausgestellt werden mussten und er der Gerichtskasse von früher her Kosten schuldig geblieben ist, mit ihren Ansprüchen auf Sicherheitsleistung zurücktreten, um ihm die Befriedigung seiner Gesellschaftsschulden zu ermöglichen, hat der Kläger keinen Anspruch“; sowie Sträuli/Hauser, Anm. 4 zu § 81 aZPO.

22) ZR 55 Nr. 68.

23) ZBJV 87 (1951) S. 448; Sträuli/Hauser, Anm. 12 zu § 59 aZPO; Isler, S. 27 Anm. 7.

6. Zusammenfassung

Die Praxis begnügt sich somit nicht mit einer objektiven Feststellung der Mittellosigkeit, sondern überprüft auch die Gründe, die zur Mittellosigkeit führen. Nur wenn sich die um unentgeltliche Prozessführung ersuchende Partei ihre Mittellosigkeit nicht durch ihren Lebenswandel oder durch ihren unangemessenen Aufwand vorzuwerfen hat und zudem alles unternommen wurde, um die für den Prozess erforderlichen Mittel beizubringen, dann wird ihr das Recht zur unentgeltlichen Prozessführung gewährt. Damit unterscheidet sich die Mittellosigkeit von der Zahlungsunfähigkeit im Sinne von § 73 ZPO, da diese lediglich anhand äusserer, betriebsrechtlicher Kriterien wie Verlustschein, Verwertungsanordnung etc. bestimmt wird, ohne dass auf die Hintergründe, die zu dieser Zwangsvollstreckungsmassnahme führten, eingegangen wird.

IV. DIE MITTELLOSIGKEIT IN DER PRAXIS DES BUNDESGERICHTES

Die im eben geschilderten Sinne gehandhabte Praxis der Zürcher Gerichte für die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung mit ihrer starken Betonung der subjektiven Komponenten der Mittellosigkeit, scheint meines Erachtens vor den dazu erarbeiteten Grundsätzen des Bundesgerichtes nicht bestehen zu können.

Schon im Entscheid 58 I 292 wurde ausdrücklich festgehalten, dass ein Verschulden der Partei an ihrer Mittellosigkeit den Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung in keiner Weise zu schmälern vermag. Später hat das Bundesgericht seine Haltung weiter verdeutlicht (24). Massgebend zur Beurteilung der Mittellosigkeit seien die tatsächlichen Verhältnisse bei Einreichung des Gesuches um unentgeltliche Prozessführung. Die dannzumal effektiv zur Verfügung stehenden Mittel seien allein erheblich. Der Stellenlose dürfe deshalb auch nicht auf offene Stellen hingewiesen werden. Nur wenn dieser seine bisherige Stelle allein im Hinblick auf den Prozess aufgegeben habe, könne dies als Grund zur Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung herangezogen werden. Diese weitgehend auf objektive,

24) BGE 99 1a 440.

nach aussen hin in Erscheinung tretende Kriterien abstellende Bewertung der Mittellosigkeit wurde darauf ein weiteres Mal bestätigt (25). Die im Sinne obiger Ausführungen gehandhabte Zürcher Praxis vermag deshalb nicht weiter zu bestehen.

V. MITTELLOSIGKEIT NACH § 84 ZPO UND ZAHLUNGSUNFÄHIGKEIT NACH § 73 ZPO

Die der Kautionspflicht nach § 73 Ziff. 2-5 und 7 ZPO zugrunde liegende Zahlungsunfähigkeit wird anhand einzelner betriebsrechtlicher Begriffe umschrieben. Ob eine Zahlungsunfähigkeit konkret feststeht, ist nicht weiter zu prüfen. Das Vorliegen eines der kautionsbegründenden Kriterien genügt für die Kautionsauflage. Die auf der Zahlungsunfähigkeit beruhende Kautionspflicht erfährt ihre Begründung durch rein äusserliche Kriterien, die nicht zwingend den inneren, effektiven Vermögensstand wiedergeben. Die in § 84 ZPO geforderte Mittellosigkeit hingegen wird immer anhand einer konkreten Würdigung jedes einzelnen Falles bestimmt. Die in § 73 ZPO verwendeten betriebsrechtlichen Begriffe mögen dabei als Hinweise für die Mittellosigkeit dienen, haben jedoch keinesfalls ausschlaggebenden Charakter. Folgt man der bundesgerichtlichen Praxis, so hat es mit dieser konkreten Feststellung der Mittellosigkeit sein Bewenden. Das Recht auf unentgeltliche Prozessführung steht, sofern das geltend gemachte Begehren

25) BGE 104 Ia 31, dem eine Auseinandersetzung mit der SO-ZPO zu Grunde lag. Deren § 106 Abs. 1 hat folgenden Wortlaut:

„Wer durch ein von Gemeindeammann und Gemeindeschreiber seines Wohnortes ausgestelltes Zeugnis oder durch ein Zeugnis der ausserhalb des Kantons hierfür zuständigen Behörde nachweist, dass er vermögenslos ist und sein Einkommen ohne sein Verschulden nicht hinreicht, neben dem notwendigen Lebensunterhalt für sich und seine Familie die Kosten der Prozessführung aufzubringen, kann die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege verlangen.“

Diese Regelung verletzt nach Ansicht des BGer. den bundesrechtlichen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, insoweit er das Verschulden weiter als im Fall des Rechtsmissbrauches berücksichtigt.

nicht als aussichtslos erscheint, fest. Die Zürcher Praxis geht, wie gezeigt, zu Unrecht noch weiter und überprüft auch noch die Gründe, die zur Mittellosigkeit führten. Hat der Gesuchsteller diese selbst verschuldet, so hat er sich dies auch selbst anzulasten, und es wird ihm deshalb das Recht auf unentgeltliche Prozessführung abgesprochen. In diesem Fall wird nicht nur die Mittellosigkeit objektiv geprüft, sondern zudem auch das subjektive Moment als weiteres Entscheidungskriterium hinzugezogen, so dass sich die Bestimmung der Mittellosigkeit in zweifacher Hinsicht von der Annahme der Zahlungsunfähigkeit nach § 73 ZPO unterscheidet.

Schon daraus ergibt sich, dass mit Feststehen der Kautionspflicht nicht eo ipso auch eine das Recht auf unentgeltliche Prozessführung begründende Mittellosigkeit vorliegen muss, auch wenn man mit dem Bundesgericht die Mittellosigkeit lediglich anhand der tatsächlichen Begebenheiten zur Zeit der Gesuchstellung bestimmt. Auch in diesem Fall bleibt die Mittellosigkeit konkret zu bestimmen, währenddem sich die Kautionspflicht aus äusserlichen, betriebsrechtlichen Kriterien ergibt.

In der Folge sollen nun die einzelnen, in der ungesicherten Zahlungsunfähigkeit begründeten Kautionsstatbestände der in § 84 ZPO geforderten Mittellosigkeit gegenübergestellt werden.

1. Konkursöffnung vor 5 Jahren

Wohl unterliegen nach Art. 39 SchKG, abgesehen vom Inhaber einer Einzelfirma, an sich nur der unentgeltlichen Prozessführung nicht zugängige Personen oder Handelsgesellschaften dem Konkurs. Nach Art. 190 Ziff. 1, 199 und 193 SchKG kann aber auch der Konkurs in den darin erfassten Spezialfällen über nicht konkursfähige Personen ausgesprochen werden. Besteht für eine unter diesen Umständen in Konkurs gefallene klagende Partei die Kautionspflicht nach § 73 Ziff. 2 ZPO, so ist darin noch nichts über ihre allfällige Mittellosigkeit ausgesagt. Die Partei hat deshalb ihre Mittellosigkeit konkret nachzuweisen.

2. Anordnung der Verwertung

Auch bei Anordnung der Verwertung ist noch nichts zwingendes über die Mittellosigkeit der Prozesspartei gewonnen, insbesondere wenn die Verwertungsanordnung zum Beispiel schon 4 Jahre zurückliegt. Immerhin vermag aber eine noch bestehende Lohnpfändung die finanziellen Verhältnisse sehr genau widerzuspiegeln.

Musste dabei bis auf das Existenzminimum gepfändet werden, so dürfte, sofern für die der Lohnpfändung unterliegende Partei nicht noch Kreditmöglichkeiten offenstehen, ihre Mittellosigkeit feststehen.

3. Nachlassstundung

Auch die Nachlassstundung muss noch nicht ohne weiteres auf eine Mittellosigkeit im Sinne von § 84 ZPO zurückzuführen sein, denn Überschuldung kann nicht mit Mittellosigkeit gleichgesetzt werden. Die mit dem Gesuch um Nachlassstundung verbundene Pflicht zur Offenlegung der finanziellen Situation ermöglicht es jedoch, ohne Umschweife die behauptete Mittellosigkeit zu überprüfen.

4. Provisorische oder definitive Verlustscheine

Muss eine Prozesspartei provisorische oder definitive Verlustscheine gegen sich gelten lassen, so dürfte damit in aller Regel auch ihre Mittellosigkeit erstellt sein. Ein provisorischer Verlustschein wird ja ausgestellt, wenn sich bei einer definitiven Pfändung keine genügende Deckung für die geltend gemachte Forderung ergibt. Dabei werden die Vermögensverhältnisse des Schuldners aufgenommen, so dass sich auch daraus der finanzielle Stand belegen lässt.

Liegen definitive Verlustscheine vor, so ist auch hier auf eine Mittellosigkeit des Schuldners zu schliessen. Der Gläubiger hat ja das Recht, durch den eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 SchKG repräsentierenden definitiven Verlustschein weiter auf das Vermögen des Schuldners zu greifen. Ist dies nicht geschehen, so wohl nur deshalb, weil beim Schuldner noch immer nichts zu holen ist. Hier nun dürfte die Differenz zwischen der bundesgerichtlichen und der Zürcher Praxis in der Überprüfung der Mittellosigkeit besonders zum Tragen kommen. Der sich nicht um seine Verbindlichkeiten kümmernde, sorglose Schuldner, der von der Hand in den Mund lebt und sich auch durch definitive Verlustscheine nicht weiter beeindrucken lässt, kommt, da seine Mittellosigkeit feststeht, in den Genuss der unentgeltlichen Prozessführung, obwohl er die Mittellosigkeit wohl selber verschuldet hat.

5. Pfandausfallscheine

Da hier lediglich das Ungenügen einer Spezialexécution verurkundet wird, kann daraus nicht unmittelbar auf eine Mittellosigkeit geschlossen werden. Immerhin dürfte dies ein Indiz für die Mittellosigkeit darstellen, da der Schuldner diese Verwertung überhaupt zulassen musste.

6. Sonstige Zahlungsunfähigkeit

Die hiezu einzig zugelassenen provisorischen Pfändungsurkunden als provisorische Verlustscheine weisen auch auf eine Mittellosigkeit des Schuldners hin. Auch hier wird aus der Urkunde die momentane Vermögenssituation des Schuldners herausgelesen werden können. Zu überprüfen ist aber auch hier noch die Möglichkeit des Schuldners, sich durch Kredit die Fortsetzung des Prozesses zu sichern.

7. Zusammenfassung

Diese kurze Auseinandersetzung zeigt, dass auch mit Feststehen der Kautionspflicht die davon betroffene Partei sich nicht leichthin auf das ihr allenfalls zustehende Recht auf unentgeltliche Prozessführung berufen kann. Sie hat vielmehr konkret darzutun, inwieweit sich unter diesen äusserlichen kautionsbegründenden Tatbeständen eine allgemeine Mittellosigkeit ergibt, die auch nicht durch Kredit oder Unterstützungsbeiträge des Ehegatten wettgemacht werden kann. Die derart als mittellos erscheinende Partei hat aber nicht auch noch nachzuweisen, dass sie an dieser Situation kein Verschulden trifft. Eine derartige Anforderung ist bundesrechtswidrig.

I.

Die Kautions dient der Sicherstellung von Gerichtskosten und Parteientschädigung. Sie betrifft die aktiv in einem Prozess auftretende Partei, die entweder in der Schweiz über keinen Wohnsitz verfügt oder finanziell derart schlecht gestellt ist, dass von vorneherein die Beibringung der Gerichtskosten und Parteientschädigung als gefährdet erscheint.

II.

Die im fehlenden Wohnsitz in der Schweiz begründete Kautionspflicht kann durch Staatsverträge aufgehoben werden. Die unmittelbare Vollstreckung des Kostenentscheides bildet dann in der Regel das Korrelat zur Kautionsbefreiung.

Der staatsvertraglich zugesicherte freie Zugang zu den Gerichten und die staatsvertraglich vereinbarte Meistbegünstigung vermag jedoch keine Kautionsbefreiung zu begründen.

III.

Die zur Kautionspflicht führende Zahlungsunfähigkeit wird durch bestimmte betriebsrechtliche Begriffe klar umschrieben. Die neu in § 73 Ziff. 3 ZPO aufgenommene „sonstige Zahlungsunfähigkeit“ ist deshalb nur mit Zurückhaltung als Begründung für eine Kautionsauflage heranzuziehen.

IV.

Ist eine der in §§ 73 ff aufgeführte Voraussetzung zur Sicherstellung der Prozesskosten gegeben, so kommt die Erfüllung der Kautionspflicht einer Prozessvoraussetzung gleich. Das Vorliegen der Prozessvoraussetzung wird vom Gericht von Amtes wegen überprüft.

V.

Die zu leistende Kautions umfasst die mutmasslichen Prozesskosten einer Instanz. Tritt ein Kautionsgrund erst in zweiter Instanz ein, so kann die Kautionsauflage nicht auch die erstinstanzlichen Prozesskosten erfassen.

VI.

Die Kautionspflicht ist auch bei Dahinfallen des Kautionsgrundes im Laufe des Verfahrens erst nach Abschluss desselben herauszugeben.

VII.

Ergibt sich die Kautionspflicht aus der Zahlungsunfähigkeit der klagenden Partei, so folgt für diese Partei daraus noch nicht eo ipso ein Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung. Die zur unentgeltlichen Prozessführung führende Mittellosigkeit ist vielmehr erst dann anzunehmen, wenn die klagende Partei nachweist, dass sie alle ihr zur Verfügung stehenden Mittel ausgeschöpft hat. Die Kautionsbestimmung von § 73 ZPO hingegen stellt auf äusserliche, betreibungsrechtliche Begriffe ab, die objektiv feststellbar sind.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 5. Oktober 1947 in Zürich geboren. Die Primarschule besuchte ich in Herrliberg. 1967 schloss ich am Literargymnasium Zürichberg mit dem Maturatypus B ab. Darauf immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und beendete das Studium 1971 einstweilen mit dem Lizentiat. Nach Auslandsaufenthalt und Wirtschaftspraktikum arbeitete ich 1975 am Bezirksgericht Affoltern und 1976 in einem Züricher Anwaltsbüro. Seit Erwerb des Fähigkeitsausweises im Jahre 1977 bin ich in Zürich als Anwalt tätig und verfasste die vorliegende Dissertation.

